With much gratitude, the translation of this very important report was made possible due to the donations of a very generous man whose love of Eretz Israel is without bounds.

The Levy Commission Report on the Legal Status of Building in Judea and Samaria

©The translation of this report and its contents is and remain the copyright of Regavim 2014. The section of 'Conclusions & Recommendations' is from the original Israeli Government translation.

The Levy Commission Report on the Legal Status of Building in Judea and Samaria

Jerusalem – 21 June 2012 – 1 Tammuz 5772

1 Tammuz 5772

(21June 2012)

To:	Benjamin Netanyahu	Yaakov Neeman
	Prime Minister	Minister of Justice
	Jerusalem	Jerusalem

Dear Sirs,

We have the honor of submitting this report, which sums up the work of the commission that studied the issue of building in Judea and Samaria, which was established at your instructions on 13 February 2012 (20 Shvat 5772).

Respectfully yours,

E. E. Levy	Tehiya Shapira	Amb. Alan Baker
(Ret.) Supreme Court Justice	(Ret.) District Court Judge	Member
Chairman	Member	

Table of Contents

Terms of Reference ... 4

The Status of the Territories of Judea and Samaria According to International Law ... 5

The planning and zoning authorities in Judea and Samaria and the principles of the planning and construction laws ... 14

The subcommittees of the Higher Planning Council ... 15

Objections ... 16

Receiving a permit ... 16

Works requiring a permit ... 17

Appeals ... 17

Administrative Demolition ... 18

The decisions of the government related to settlement in Judea and Samaria relevant to this subject ... 19

An administrative promise ... 23

The allocation of land and construction in Judea and Samaria ... 28

A new settlement or new neighborhood? – A decision under dispute ... 42

Good faith and the claim of estoppel ... 52

An administrative promise – and its breach ... 53

Property Rights – Construction on private land ... 56

Land registration as a factor in land disputes ... 61

The purchase of lands in Judea and Samaria by Israelis ... 62

Deciding in land disputes ... 63

Access roads to the settlements ... 70

The demand to "improve" land seized by military order ... 71

Nature reserves and parks in Judea and Samaria ... 72

Conclusions and Recommendations ... 73

Terms of Reference

1. In proceedings before the Supreme Court on the matter of building in Judea and Samaria, the state informed the court that:

> "As a rule, illegal construction situated on private land will be removed, and at the same time, the appropriate professional levels have been instructed to act towards regulating the planning status of structures located on state land; in places where such regulation will be decided upon, all this in accordance with the additional relevant considerations that apply to each and every area" (see for example the State's reply to *HCJ 9060/08, Dar Yassin et al. v. the Minister of Def et al.*).

Pursuant to this, we have been asked by the Prime Minister and Minister of Justice to provide our recommendations on three topics (see Appendix 1):

a. Actions to be taken where possible to legalize or remove construction – all in accordance with the aforementioned policy.

b. To ensure the existence of a proper procedure to clarify matters related to real estate issues in the area, in accordance with the principles of justice and fairness of the Israeli judicial and administrative system, in consideration of the laws that apply in the area, including whether there is a need for changes to ensure transparency, equality, the removal of obstructions and the streamlining of processes and procedures to the extent these are required.

c. In addition, we have been given the authority to consider and offer recommendations, at our discretion, on any other matter related to the aforementioned subjects.

2. The aforementioned tasks are extensive, and had we decided to address them all, we would have needed a very long time to do so. However, the issue that lies at the focus of the Committee's Terms of Reference – the status of Jewish settlement in Judea and Samaria in general, and specifically, its expansion – lies at the core of a major controversy among the Israeli public and has also been the cause of international criticism. We therefore are of the view that we ought to present our recommendations to the appointing body as soon as possible. Consequently, we will deal principally with that subject.

We would like to precede our comments by clarifying that we have decided not to take any position as to the political wisdom of settlement activity as a whole, but will rather act in our capacity as legal experts whose duty it is to rule solely according to the law.

To that end and with a view to enabling a wide range of views to be heard, we published a public call for proposals in the Hebrew, Arabic and English press (Appendix 1B), inviting all interested parties to appear before us or state their position in writing. In addition, we initiated direct appeals to various entities.

The results of this we present in this report, at the center of which is the issue of the establishment and continued existence of settlement points, which some view as new settlements, while others consider them to be "neighborhoods" of existing settlements.

These settlement points have been defined in the past as "unauthorized," apparently due to the fact that with regard to some, their construction was not preceded by a government decision. However, some of them can also be considered to be "illegal" as they were built without approval from the planning authorities. That is the main issue that we will be pursuing here, although we will relate to other issues that we considered to be of special importance.

The Status of the Territories of Judea and Samaria According to International Law

3. In light of the different approaches in regard to the status of the State of Israel and its activities in Judea and Samaria, any examination of the issue of land and settlement thereon requires, first and foremost, clarification of the issue of the status of the territory according to international law.

Some take the view that the answer to the issue of settlements is a simple one inasmuch as it is prohibited according to international law. That is the view of Peace Now (see the letter from Hagit Ofran from 2 April 2010); B'tselem (see the letter from its Executive Director Jessica Montell from 29 March 2012, and its pamphlet *Land Grab: Israel's Settlement Policy in the West Bank*, published May 2002); Yesh Din and the Association for Civil Rights in Israel (ACRI) (see the letter from Attorney Tamar Feldman from 19 April 2012); and Adalah (see the letter from attorney Fatma Alaju from 12 June 2012).

The approach taken by these organizations is a reflection of the position taken by the Palestinian leadership and some in the international community, who view Israel's status as that of a "military occupier," and the settlement endeavor as an entirely illegal phenomenon. This approach denies any Israeli or Jewish right to these territories. To sum up, they claim that the territories of Judea and Samaria are "occupied territory" as defined by international law in that they were captured from

the Kingdom of Jordan in 1967. Consequently, according to this approach, the provisions of international law regarding the matter of occupation apply to Israel as a military occupier, i.e. *Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907,*[1] which govern the relationship between the occupier the occupied territory, and the Fourth *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August (1949).*[2]

According to the Hague Regulations, the occupying power, while concerning himself with the occupier's security needs, is required to care for the needs of the civilian population until the occupation is terminated. According to these regulations, it is forbidden in principle to seize personal property, although the occupying power has the right to enjoy all the advantages derivable from the use of the property of the occupied state, and public property that is not privately owned without changing its fixed nature. Moreover, according to this approach, Article 49 of the Fourth Geneva Convention prohibits the transfer of parts of the occupying power's own civilian population into the territory it occupies.[3] Accordingly, in their view, the establishment of settlements carried out by Israel is in violation of this article, even without addressing the type or status of the land upon which they are built.

In this context, we were presented with an approach by some of the abovementioned organizations, whereby they do not accept the premise that the lands that do not constitute personal property are state lands. It was claimed that in the absence of orderly registration of most of the land in Judea and Samaria, and precise registration

---

[1] Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

[2] http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/380

[3] Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive. Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons does demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased. The Occupying Power undertaking such transfers or evacuations shall ensure, to the greatest practicable extent, that proper accommodation is provided to receive the protected persons, that the removals are effected in satisfactory conditions of hygiene, health, safety and nutrition, and that members of the same family are not separated. The Protecting Power shall be informed of any transfers and evacuations as soon as they have taken place. The Occupying Power shall not detain protected persons in an area particularly exposed to the dangers of war unless the security of the population or imperative military reasons so demands. The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.

of the rights of the local inhabitants, it is reasonable to assume that the local population is entitled to benefit from land that is neither defined nor registered as privately owned land. From this it follows that the use of land for the purpose of the establishment of Israeli settlements impinges on the rights of the local population, which is a protected population according to the Convention, and Israel, as an occupying power, is obliged to safeguard these rights and not deny them by exploiting the land for the benefit of its own population.[4]

4. If this legal approach were correct, we would, in accordance with our Terms of reference, be required to terminate the work of this Committee, since in such circumstances, we could not recommend regularizing the status of the settlements. On the contrary, we would be required to recommend that the proper authorities remove them.

However, we were also presented with another legal position, inter alia by the Regavim movement (Attorneys Bezalel Smotritz and Amit Fisher) and by the Benjamin Regional Council (the expert legal opinion of Attorneys Daniel Reisner and Harel Arnon). They are of the view that Israel is not an “Occupying Power” as determined by international law inter alia because the territories of Judea and Samaria were never a legitimate part of any Arab state, including the kingdom of Jordan. Consequently, those conventions dealing with the administration of occupied territory and an occupied populations are not applicable to Israel’s presence in Judea and Samaria.

According to this approach, even if the Geneva Convention applied, Article 49 was never intended to apply to the circumstances of Israel’s settlements. Article 49 was drafted by the Allies after World War II to prevent the forcible transfer of an occupied population, as was carried out by Nazi Germany, which forcibly transferred people from Germany to Poland, Hungary and Czechoslovakia with the aim of changing the demographic and cultural makeup of the population. These circumstances do not exist in the case of Israel’s settlement. Other than the fundamental commitment that applies universally by virtue of international humanitarian norms to respect individual personal property rights and uphold the law that applied in the territory prior to the IDF entering it, there is no fundamental restriction to Israel’s right to utilize the land and allow its citizens to settle there, as long as the property rights of the local inhabitants are not harmed and as long as no decision to the contrary is made by the government of Israel in the context of regional peace negotiations.

---

[4] The position of Peace Now. See also B’tselem: *Under the Guise Of Legality: Israel's Declarations of State Land in the West Bank*, February 2012.

5. Is Israel's status that of a "military occupier" with all that this implies in accordance with international law? In our view, the answer to this question is no.

After having considered all the approaches placed before us, the most reasonable interpretation of those provisions of international law appears to be that the accepted term "occupier" with its attending obligations, is intended to apply to brief periods of the occupation of the territory of a sovereign state pending termination of the conflict between the parties and the return of the territory or any other agreed upon arrangement. However, Israel's presence in Judea and Samaria is fundamentally different: Its control of the territory spans decades and no one can foresee when or if it will end; the territory was captured from a state (the kingdom of Jordan), whose sovereignty over the territory had never been legally and definitively affirmed, and has since renounced its claim of sovereignty; the State of Israel has a claim to sovereign right over the territory.

As for Article 49 of the Fourth Geneva Convention, many have offered interpretations, and the predominant view appears to be that that article was indeed intended to address the harsh reality dictated by certain countries during World War II when portions of their populations were forcibly deported and transferred into the territories they seized, a process that was accompanied by a substantial worsening of the status of the occupied population (see *HCJ 785/87 Affo et al. v. Commander of IDF Forces in the West Bank et al*. IsrSC 42(2) 1; and the article by Alan Baker: "The Settlements Issue: Distorting the Geneva Conventions and Oslo Accords, from January 2011.[5]

This interpretation is supported by several sources: The authoritative interpretation of the International Committee of the Red Cross (IRCC), the body entrusted with the implementation of the Fourth Geneva Convention,[6] in which the purpose of Article 49 is stated as follows:

> "It is intended to prevent a practice adopted during the Second World War by certain Powers, which transferred portions of their own population to occupied territory for political and racial reasons or in order, as they claimed, to colonize those territories. Such transfers worsened the economic situation of the native population and endangered their separate existence as a race."

Legal scholars Prof. Eugene Rostow, Dean of Yale Law School in the US, and Prof. Julius Stone have acknowledged that Article 49 was intended to prevent the

[5] http://jcpa.org/article/the-settlements-issue-distorting-the-geneva-convention-and-the-oslo-accords/

[6] ICRC Commentary to the Fourth Geneva Convention, edited by Jean S. Pictet ,(1958) at pages 3-9.

inhumane atrocities carried out by the Nazis, e.g. the massive transfer of people into conquered territory for the purpose of extermination, slave labor or colonization:[7] [8]

> "The Convention prohibits many of the inhumane practices of the Nazis and the Soviet Union during and before the Second World War – the mass transfer of people into and out of occupied territories for purposes of extermination, slave labor or colonization, for example....The Jewish settlers in the West Bank are most emphatically volunteers. They have not been "deported" or "transferred" to the area by the Government of Israel, and their movement involves none of the atrocious purposes or harmful effects on the existing population it is the goal of the Geneva Convention to prevent." (Rostow)

> "Irony would...be pushed to the absurdity of claiming that Article 49(6) designed to prevent repetition of Nazi-type genocidal policies of rendering Nazi metropolitan territories *judenrein*, has now come to mean that...the West Bank...must be made *judenrein* and must be so maintained, if necessary by the use of force by the government of Israel against its own inhabitants. Common sense as well as correct historical and functional context excludes so tyrannical a reading of Article 49(6.)." (Julius Stone)

6. We are not convinced that an analogy may be drawn between this legal provision and those who sought to settle in Judea and Samaria, who were neither forcibly "deported" nor "transferred," but who rather chose to live there based on their ideology of settling the Land of Israel.

We have not lost sight of the views of those who believe that the Fourth Geneva Convention should be interpreted so as also to prohibit the occupying state from encouraging or supporting the transfer of parts of its population to the occupied territory, even if it did not initiate it.[9] However, even if this interpretation is correct, we would not alter our conclusions that Article 49 of the Fourth Geneva Convention does not apply to Jewish settlement in Judea and Samaria in view of the status of the territory according to international law. On this matter, we offer a brief historical review.

7. On 2 November 1917 –17 Heshvan 5678, Lord James Balfour, the British Foreign Secretary, published a declaration saying that:

[7] American Journal of International Law, Vol. 84, 1990, p. 719.

[8] Phillips, "The Illegal Settlements Myth," Commentary, 2010.

[9] On this matter, see Alan Baker's article noted above in note 5, regarding the addition of the words "directly or indirectly" to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court..

> "His Majesty's Government view with favor the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, and will use their best endeavors to facilitate the achievement of this object, it being clearly understood that nothing shall be done which may prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country.[10]

In this declaration, Britain acknowledged the rights of the Jewish people in the Land of Israel and expressed its willingness to promote a process that would ultimately lead to the establishment of a national home for it in this part of the world. This declaration reappeared in a different form, in the resolution of the Peace Conference in San Remo, Italy, which laid the foundations for the British Mandate over the Land of Israel and recognized the historical bond between the Jewish people and Palestine (see the preamble):

> "The principal Allied powers have also agreed that the Mandatory should be responsible for putting into effect the declaration originally made on November 2nd, 1917, by the Government of His Britannic Majesty, and adopted by the said powers, in favor of the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, it being clearly understood that nothing should be done which might prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country. [...] Recognition has thereby been given to the historical connection of the Jewish people with Palestine and to the grounds for reconstituting their national home in that country."[11]

It should be noted here that the mandatory instrument (like the Balfour Declaration) noted only that "the civil and religious rights" of the inhabitants of Palestine should be protected, and no mention was made of the realization of the national rights of the Arab nation. As for the practical implementation of this declaration, Article 2 of the Mandatory Instrument states:[12]

> "The Mandatory shall be responsible for placing the country under such political, administrative and economic conditions as will secure the establishment of the Jewish national home, as laid down in the preamble,

[10] http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/The+Balfour+Declaration.htm

[11] http://www.cfr.org/israel/san-remo-resolution/p15248 Link doesn't work

[12] http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/The+Balfour+Declaration.htm.

and the development of self-governing institutions, and also for safeguarding the civil and religious rights of all the inhabitants of Palestine, irrespective of race and religion."

And Article 6 of the Palestine Mandate states:

"The Administration of Palestine, while ensuring that the rights and position of other sections of the population are not prejudiced, shall facilitate Jewish immigration under suitable conditions and shall encourage, in co-operation with the Jewish agency referred to in Article 4, close settlement by Jews on the land, including State lands and waste lands not required for public purposes."

In August 1922 the League of Nations approved the mandate given to Britain, thereby recognizing, as a norm enshrined in international law, the right of the Jewish people to determine its home in the Land of Israel, its historic homeland, and establish its state therein.

To complete the picture, we would add that upon the establishment of the United Nations in 1945, Article 80 of its Charter determined the principle of recognition of the continued validity of existing rights of states and nations acquired pursuant to various mandates, including of course the right of the Jews to settle in the Land of Israel, as specified in the abovementioned documents:

Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements [...] nothing in this Chapter shall be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any states or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties" (Article 80, Paragraph 1, UN Charter).

8. In November 1947, the United Nations General Assembly adopted the recommendations of the committee it had established regarding the partition of the Land of Israel west of the Jordan into two states.[13] However, this plan was never carried out and accordingly did not secure a foothold in international law after the Arab states rejected it and launched a war to prevent both its implementation and the establishment of a Jewish state. The results of that war determined the political reality that followed: The Jewish state was established within the territory that was acquired in the war. On the other hand, the Arab state was not formed, and Egypt and Jordan controlled the territories they captured (Gaza, Judea and Samaria). Later,

[13] www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/UN+General+Assembly+Resolution+181.htm

the Arab countries, which refused to accept the outcome of the war, insisted that the Armistice Agreement include a declaration that under no circumstances should the armistice demarcation lines be regarded as a political or territorial border.[14] Despite this, in April 1950, Jordan annexed the territories of Judea and Samaria,[15] unlike Egypt, which did not demand sovereignty over the Gaza Strip. However, Jordan's annexation did not attain legal standing and was opposed even by the majority of Arab countries, until in 1988, Jordan declared that it no longer considered itself as having any status over that area (on this matter see Supreme Court President Landau's remarks in *HCJ 61/80 Haetzni v. State of Israel*, IsrSC 34(3) 595, 597; *HCJ 69/81 Bassil Abu Aita et al. v. The Regional Commander of Judea and Samaria et al.*, IsrSC 37(2) 197, 227).

This restored the legal status of the territory to its original status, i.e. territory designated to serve as the national home of the Jewish people, which retained its "right of possession" during the period of the Jordanian control, but was absent from the area for a number of years due to the war that was forced on it, but has since returned.

9. Alongside its international commitment to administer the territory and care for the rights of the local population and public order, Israel has had every right to claim sovereignty over these territories, as maintained by all Israeli governments. Despite this, they opted not to annex the territory, but rather to adopt a pragmatic approach in order to enable peace negotiations with the representatives of the Palestinian people and the Arab states. Thus, Israel has never viewed itself as an occupying power in the classic sense of the term, and subsequently, has never taken upon itself to apply the Fourth Geneva Convention to the territories of Judea, Samaria and Gaza. At this point, it should be noted that the government of Israel did indeed ratify the Convention in 1951, although it was never made part of Israeli law by way of Knesset legislation (on this matter, see *CrimA 131/67 Kamiar v. State of Israel*, 22 (2) IsrSC 85, 97; *HCJ 393/82 Jam'iat Iscan Al-Ma'almoun v. Commander of the IDF Forces in the Area of Judea and Samaria*, IsrSC 37(4) 785).

[14] According to Article II (2) of the armistice agreement with Jordan: "…no provision of this Agreement shall in any way prejudice the rights ,claims and positions of either Party hereto in the ultimate peaceful settlement of the Palestine question, the provisions of this Agreement being dictated exclusively by military considerations.

According to Article IV(9) of the agreement: The Armistice Demarcation Lines defined in articles V and VI of this Agreement are agreed upon by the Parties without prejudice to future territorial settlements or boundary lines or to claims of either Party relating thereto.

[15] http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/arabs/jordanresolution.html

Israel voluntarily chose to uphold the humanitarian provisions of the Convention (*HCJ 337/71, Christian Society for the Holy Places v. Minister of Defense*, IsrSC 26(1) 574; *HCJ 256/72, Electricity Company for Jerusalem District v. Minister of Defense et al*., IsrSC 27(1) 124; *HCJ 698/80 Kawasme et al. v. The Minister of Defense et al.*, IsrSC 35(1) 617; *HCJ 1661/05 Hof Aza. Regional Council et al. v. Knesset of Israel et al*., IsrSC 59(2) 481).

As a result, Israel pursued a policy that allowed Israelis to voluntarily establish their residence in the territory in accordance with the rules determined by the Israeli government and under the supervision of the Israeli legal system, subject to the fact that their continued presence would be subject to the outcome of the diplomatic negotiations.

In view of the above, we have no doubt that from the perspective of international law, the establishment of Jewish settlements in Judea and Samaria is not illegal, and consequently, we can now proceed to consider this issue from the perspective of domestic law. We will now commence with an analysis of the relevant planning and zoning laws.

<u>The planning and zoning authorities in Judea and Samaria and the principles of the planning and construction laws</u>

10. Pursuant to of Article 2 of the *Proclamation with Regard to the Order of Government and Law (Judea and Samaria) (2), 5727- 1967*, the law in force in June 1967 was applied in Judea and Samaria, and from this point forward was based on a number of tiers: Jordanian law, Mandatory and Ottoman law, which had been in force until June 1967, security legislation and its various amendments, and rulings of the courts. The Planning and Construction Law in force in the area from 7 June 1967 on was the Jordanian *Cities, Villages and Building Planning Law (No. 79) of 1966* (hereinafter also "the Jordanian Planning Law"). In view of the need to engage in planning and construction in the held territory, and in accordance with Israel's international commitment to maintain public order, *Order Concerning the Planning of Cities, Villages and Buildings (Judea and Samaria) (No. 418), 5731-1971* (hereinafter: "Order 418") was issued, which amended the provisions of the Jordanian law and adapted the planning and construction laws to the prevailing reality in Judea and Samaria.

To this we add that the Israeli law, with all its various tiers, is more advanced than the law that applies in Judea and Samaria. Although the Israeli law serves as a source for comparison, it is not a binding norm.

11. The Jordanian Planning Law created a hierarchy of three main planning levels: a Higher Planning Council, a Regional Planning Committee and a Local Planning Committee. The establishment of these institutions and the authority invested in them are governed by Articles 5, 6 and 9 of the law. Further to the aforementioned planning and zoning authorities, the Jordanian Planning Law also provides instructions for the establishment of a Central Planning Bureau, whose powers are set out in Article 7 of the law. Inter alia, the Planning Bureau is required to provide technical and professional assistance to the planning and zoning authorities, prepare district and city planning schemes for the Regional Planning Committee and draft model bylaws.

Pursuant to 2 (2) of Order 418, the structure of the planning and zoning authorities in Judea and Samaria was altered so as to be consistent with the normative regime that was in place. Inter alia, all the authority of the District Planning and Construction Committee was transferred to the Higher Planning Council (hereinafter: "the HPC"). As a result, the authority of the HPC includes both the authority granted to it by Article 6 of the Jordanian Planning Law (which defines the authority of the Higher Planning Council), as well as the authority of the District Committees specified in Article 8 of the aforementioned law. Pursuant to the provisions of Article 8 (4), the HPC, in its capacity as the District Committee, also holds all "the authority and

functions of the Local Committee – in regard to the regional planning space and the villages situated in the district in which the said District Committee was established" (parallel authority). Nevertheless, according to the HPC, these committees have priority in the treatment of subjects under the authority of the District Committees, and consequently, intervention in building matters on the local level, by means of taking on the role of the authorized local committee, would be the exception. This mechanism may be set in motion when two cumulative conditions are present: a failure on the part of the local authority to fulfill its legal responsibility or collaboration with an action that is a breach of these responsibilities; and actual damage caused to public or private interests.

The subcommittees of the Higher Planning Council

12. Pursuant to Order 418, it was further determined that the HPC was authorized to establish subcommittees and delegate part of its authority to them. Accordingly, it was decided to establish subcommittees and transfer the authority of the district committees to them. Thus, the HPC delegates part of its authority to an Oversight Subcommittee, Settlement Subcommittee, Objections Subcommittee, Roads Subcommittee, Environment Subcommittee, Mining, Quarrying, Railroads and Airfields Subcommittee and a Planning and Permits Subcommittee.

13. In addition to the Israeli local councils established in Judea and Samaria, also established were special planning committees authorized to exercise part of the authority of the local committees in their planning space. In accordance with the legislation in force, the granting of planning authority to the special planning committees is carried out as part of a three-stage statutory scheme: declaration of the planning space, i.e. defining the geographic space that delineates the area in which the local planning committee is constituted, in accordance with Article 2 (a) of Order 418; upon completion of the aforementioned stages, the special planning committee must agree, pursuant to Article 2 (a) of Order 418 so that it can exercise its authority as defined in its terms of reference in regard to the geographic space as defined in the declaration of planning space. On 15 March 2008, the Head of the Civil Administration signed an Order Concerning the Declaration of Planning Spaces (Local Councils and Regional Councils) (Judea and Samaria) (5768-2008), which represents the most up-to-date declaration of planning spaces of the Israeli local councils in Judea and Samaria. On the same day, the Head of the Civil Administration signed the appointment of Special Planning Committees (Local and Regional Councils) (Judea and Samaria) (5768-2008), in the context of which the local councils and regional councils were appointed to serve as special planning committees in their planning spaces. Their terms of reference determined that the

members of the special committees are all the members of the council in the relevant local authority.

Objections

14. According to Article 21 (1) of the Jordanian Planning Law, any individual, authority, official or private institution so interested may submit their proposals for or objections to the master planning scheme to the chair of the Local Planning Committee. The Local Planning Committee considers all the objections submitted to it and sends its recommendations to the Regional Planning Committee. The Regional Planning Committee considers the objections based on the recommendations and sends the subjects to the HPC for the final decision. The HPC may authorize the plan and validate it as is, or amend it based on its discretion. Should the plan be amended, it can be ordered to be re-deposited for a period of one month, if as a result of the amendment, harm may be caused to a party that would not have been caused had it not been amended. According to Order 418, objections are considered by the HPC's Objections Subcommittee.

Receiving a permit

15. One of the chief functions of the local committee is to consider requests for building permits. In broad terms, the rule in this matter is determined by Article 34 (1) of the law, which states that no work or any kind or use of the land requiring a permit may be begun until such a permit has been received. Building permits are subject to the provisions of the law, regulations, detailed master planning schemes and re-division, and they must meet the requirements of the Special Planning Committee (or licensing authority), each case on its own merits. Article 34 (2) states that no permits may be issued for an area that has been declared a planning area but for which no plan has yet been authorized, except under the temporary oversight of the district committee. This is done in order to ensure that the construction of a building does not conflict with the provisions and goals of an existing or future planning scheme.

Works requiring a permit

16. Article 34 (4) of the Jordanian Planning Law lists all the various works that require a permit, including the erection of or changes to a building, the expansion, repair or destruction of a building, earthworks and excavation deep in the earth or aboveground, the installation of sanitation appliances and elevators in high rises as well as the use of the land or the external part of the building for advertising purposes. In addition to the list of works that require a permit, the latter part of Article 34 (4) also lists the types of works that do not require a permit, including the implementation of works by the authorities to improve roads, underground infrastructure works, as well as the use of the land for agricultural purposes in the areas designated as such.

The Jordanian Planning Law contains no demand for a "completion certificate," in the sense of Article 21 of the *Planning and Building Regulations (Application for a Permit, Terms and Fees) 5730-1970*. Nevertheless, in order to settle the matter, on 25 January 2007, Order 1584 was issued, and pursuant to this order, ordinances were enacted concerning the planning of cities, villages and buildings (connecting buildings to electricity, water and telephone). The order and ordinances enable the Local Planning and Building Committee to oversee construction from the stage of the start of implementation after a building permit has been issued until the completion of construction.

Appeals

17. Article 36 of the Jordanian Planning Law determines that any person to whom harm has been caused as the result of a permit being given to another person, or due to the refusal of the local committee to issue a permit for building or land planning or the implementation of construction work or a permit required according to an order, regulations, instructions or any terms determined in accordance with this law, or as the result of a given permit that is restricted under certain conditions, and in the view of the applicant or any other person to whom harm has been caused, the decisions of the committee violate his rights – is entitled to request that the Local Committee move the consideration of his request to the District Planning Committee, and that it must do so within one month of the day that the refusal notice was received.

Administrative Demolition

18. Article 38 (7) of the Jordanian Planning Law permits entering real estate and carrying out administrative demolition without a judicial injunction. According to Jordanian law, a demolition order can include an order to halt works as well as an order to restore a situation to its previous state. Furthermore, according to the Jordanian law, the very fact of building without a permit does not constitute a criminal offense; this is committed only after the offender has violated a work-stop order. However, Order No. 1585 issued by the Military Commander of the area on 25 January 2007 (6 Shvat 5767) (City, Village and Building Planning Order [Amendment 19] [Judea and Samaria]), determines that anyone who carries out work or construction that requires a permit according to the provisions of the law without first receiving such a permit is subject to a fine or a two-year prison sentence; and for a continuing offence – a further fine or further imprisonment. Similarly, punitive provisions were included for anyone who deviates from the building permit that was issued. It further determines that the court may order the demolition of that which had been built without or in deviation from a permit, and that a further criminal proceedings may be initiated against a person who does not comply with this order.

19. The picture as it emerges from what has been described thus far is that Judea and Samaria has planning and zoning authorities invested with the authority to initiate and consider detailed construction plans, and to validate those plans provided they meet legal requirements. These institutions have also been empowered to consider objections, grant construction permits and take action to prevent unlawful construction.

20. Unlawful construction is of course construction carried out without a permit granted by the planning authorities. In order for a permit of this kind to be granted to an individual or corporation, they must present a plan. This plan will be considered on its merits by the planning authorities after the applicant has proved that he owns the rights to the land and that the plan does not contravene the detailed plan that applies to the land. This is the law in Israel and this is (almost) the law that applies in Judea and Samaria. The main difference is due to the fact that the State of Israel has been holding onto Judea and Samaria since the Six Day War, in view of the desire of parts of the population to live there; and on the other hand, the desire and obligation on the part of the State of Israel to maintain building oversight there, settlements were established up until 1979 as a **security need**. The land designated for that purpose was seized by "military order," with no distinction made as to whether the land was state or private land. Thus, for example, (in *HCJ 606/78 Saliman Taufiq Ayub et al. v. Defense Minister et al*., IsrSC 33(2) 113), the High Court of Justice refrained from extending legal relief to the petitioners, the owners of the land, who opposed the seizure of their land for the purpose of building a Jewish settlement,

because it was found that although it was a civilian settlement, it had been established due to a military need. In the late 1970s, the approach to settlement on this issue changed in wake of the ruling in the case of Elon Moreh (H*CJ 390/79 Izzat Muhammad Mustafa Duweikat et al. v. the Government of Israel et al.*, IsrSC 34(1) 1, which determined that private land belonging to Palestinians could not be seized for the purpose of building Jewish settlements, unless the seizure stemmed from a security need, and in the language of the court: "In its ruling (HCJ 606/78), this court did not provide an *a priori* legal seal of approval for all seizures of private land for the purpose of civilian settlements in Judea and Samaria, but rather each case must be examined whether military needs, as this term must be interpreted, indeed justified the seizure of private land."

The decisions of the government related to settlement in Judea and Samaria relevant to this subject

21. In view of the complexity of the issue of Jewish settlement in Judea and Samaria, and in wake of the ruling in the case of Elon Moreh, the government passed a decision in November 1979, that stated that it was resolved: "To further the expansion of the settlement of Judea, Samaria, the Jordan Valley, Gaza District and the Golan Heights by adding population to the existing communities and by establishing new communities on state-owned land" (see Decision 145, Appendix 2). To complete the picture, we will add that on the issue of Jewish settlement in Judea and Samaria, the government made a number of further decisions over the years, some of which we will cite here:

I. In May 1984, the Ministerial Committee for Settlement determined that: "*Expansion within the continuous area* of an existing or future settlement established following authorization from the Ministerial Settlement Committee does not require a special decision by the Committee as long as it receives professional authorizations from the Ministry of Justice in all matters related to ownership of the land; from the Ministry of Construction and Housing, the Ministry of Defense and the settling entities of the World Zionist Organization regarding all subjects related to construction (settlement and the Higher Planning committee)" (emphasis added) see Decision 640, Appendix 3).

II. In the decision made in July 1992 (No. 13) (Appendix 4), it was determined that "The implementation of previous decisions regarding the establishment of settlements that have not yet been carried out will require renewed approval from the government."

III. In November 1992, it was decided to halt construction activities in the Jewish communities, with the exception of private construction of residences in existing communities based on a detailed master plan, as long as the infrastructure and construction did not involve expenditures from the state budget, as stated in Decision 360 (Appendix 5).:

It has been resolved:

a. To authorize the decision of the Minister of Construction and Housing [...] regarding the halting of construction as detailed in Appendix 1 attached here, and the decision of the minister regarding the exchange of location grants with loans as specified in the [...] attached [...] appendix…

b. To authorize the halting of construction activities in the Israeli communities in the area of Judea, Samaria and the Gaza district that were carried out pursuant to prior government decisions that are retained in the government secretariat, in accordance with the said ministerial decision…

[...]

d. Private construction for residence will be permitted within the bounds of the existing Israeli communities in Judea, Samaria and the Gaza District based on detailed master plans that have been legally validated, as long as the infrastructure and construction do not involve expenditures from the state budget.

e. (1) The procedures involving master plans not yet validated up to the day when this decision was made in regard to the Israeli communities in Judea, Samaria and the Gaza District will be halted, unless a special review board decides otherwise.

[...]

f. All new planning permits (and allocations of land for construction on state land) in these areas require authorization from the said special review board.

g. The content of the previous statements will be established respectively in security legislation in Judea, Samaria and the Gaza district.

h. The enforcement of the above policy will be carried out by a supervisory unit."

IV. Pursuant to a decision passed in January 1995 (No. 4757), a ministerial committee was established to oversee the construction and expropriation of land in the area of Judea, Samaria and the Gaza District. A decision made in August 1996 (No. 150) (Appendix 6) determined that all construction and land allocation required the authorization of the Minister of Defense, and that his authorization would be required for consideration and validation of a master plan, and in the original:

a. In the area of settlement in Judea, Samaria and the Gaza District [...], the government ministries will act as follows and subject to the authority granted to the defense system and Minister of Defense in this area, and in the context of the various sections of the authorized state budget – all in accordance with the instructions of the Prime Minister.

b. Any new permit for planning and allocating land for construction on state lands in these areas will be carried out only after receipt of authorization from the Defense Minister.

c. The Planning Committee in these areas will not consider a master plan unless it has received authorization from the Defense Minister, and will not validate such a plan, except with his authorization.

[...]

f. Further to the above, subjects involving overall policy related to settlement, the paving of roads and proposals to establish new communities will be presented for the consideration and decision of the government."

V) In March 1999, Decision 175 was passed, replacing Decision 640, which determined that the expansion of an existing or future community established in accordance with a government decision, or of a legally recognized community, does not require a government decision (Appendix 7). At the same time, it was determined that the abovementioned expansion of a settlement in Judea, Samaria and Gaza would require the authorization of the Defense Minister, with the knowledge of the Prime Minister. Although the words "expansion in continuous territory," which were included in Decision 640, were omitted from this decision, in actual fact, this decision takes a stricter approach to settlement, inasmuch that from this point forward, every expansion required the authorization of both the Defense Minister and Prime Minister, whether or not it was planned on continuous area.

VI) On May 25, 2003, the government decided to approve the Prime Minister's statement that Israel would act in the spirit of the "Road Map," and concerning settlement, it said: "There will be no involvement in issues related to the final status settlement; inter alia, there will be no consideration of settlement in Judea and Samaria (with the exception of the freeze of illegal settlements and outposts); the status of the Palestinian Authority or its institutions in Jerusalem or any other issue which is essentially a matter for the final status settlement" (see Decision 292, Appendix 8)

22. In wake of the petition to the High Court of Justice – HCJ 390/79 (the case of Elon Moreh), which, as noted, forbade the seizure of privately owned land for the purpose of establishing Jewish communities not motivated by security needs, it was necessary to identify the lands that could be declared state land. This was not difficult in those places in which land that had undergone regulatory processes was involved, and in which the property rights to them were documented in land registry books. The task was considerably more difficult when lands that had not undergone regulatory processes were involved, which was the situation for the majority of the territory of Judea and Samaria. In order to overcome this obstacle, the state authorities decided on a course of action known as a "survey process," ("*seker*") which included an examination of aerial photographs in order to confirm or refute claims regarding the cultivation of land by Palestinian inhabitants (one of the ways to acquire rights to the land), a tour of the areas intended for designation together with the mukhtars of the nearby villages. The subject was made public and a date was set for the submission of objections. This survey process has not yet been completed to this day, and this is one of the vulnerabilities of quite a number of the outposts subject to examination.

At the same time, it should be emphasized that that even after a way was found to overcome the issue of property ownership in the land upon which a Jewish community was planned in Judea and Samaria, the developers still faced a number of hurdles, which Supreme Court President Barak pointed out in *HCJ 5853/04 – Amanah Gush Emunim Settlement Movement et al. v. Prime Minister et al.*, IsrSC 59(2) 289, as follows: "… The preparation of an outpost requires the completion of procedures on the political level (a government decision to establish a new community or neighborhood), the municipal level (the issuing of an order by the military commander regarding the community's municipal affiliation), and the planning level (the deposit of a master plan and its approval along with receipt of building permits from the relevant planning authorities)."

It would appear that concerning the construction we were asked to consider in our Terms of Reference these conditions were not all met, and in some cases, none of the conditions was present. Consequently, the possible conclusion is that

the construction was carried out unlawfully and without authorization. Can construction be legalized after the fact? That is a question we will try to answer in this document, but first and foremost, we will address the claim that the fact that no decision by the government or any representative of the government preceded the construction under considerations here is unassailable. Before addressing this, we will turn our attention to a legal issue that may be relevant to the subject before us here, and we are referring to an "administrative promise," as it is interpreted by the courts.

An administrative promise

23. The accepted doctrine is that an administrative promise given by someone invested with authority with the intent that it have binding legal force, and that was understood as such by the person to whom it was given, and which is detailed and feasible, can serve to obligate the authority and as grounds for intervention by the High Court of Justice to uphold it. This is unrelated to estoppal as a result of reliance on the promise, and even without the situation of the promisee being aggravated (see Eliad Shraga and Ro'i Shahar – *Administrative Law*, Book 3, p. 313; *HCJ 5081/91 Petrochemical Industries, Ltd. v. the State of Israel*, IsrSC 47 (2), 773, 779; *HCJ 298/70 Pollack v. Minister of Industry and Trade* IsrSC 25(2) 8, 3; *HCJ 250/78 Aviyov v. Minister of Agriculture* IsrSC 32(3) 742, 749; *HCJ 534/75 Israel Hoteliers Association v Minister of Tourism*, IsrSC 36(1) 357; *HCJ 580/83 Atlantic v. Minister of Industry and Trade*, IsrSC 39(1) 29, 35; *HCJ 4225/91 Godovitz v. Government of Israel*, IsrSC 45(5) 781; HCJ 142/86 *Dishon v. Minister of Agriculture*, IsrSC 40(4) 523, 528; HCJ 4383/91 *Shpakman et al. v. Herzliya Municipality*, IsrSC 40(1) 447; CivA 9073/07 *State of Israel – Ministry of Construction and Housing v. Apropim Shikun Veyizum (1991), Ltd.* unpublished)

HCJ 135/75, 321 Scitex v. Minister of Trade and Industry, IsrSC 30 (1) 673, stated on this subject that it is a principle of paramount importance that a public authority must act in good faith, i.e. act honestly and fairly in its dealings with the public. If on the individual level, according to Section 12(a) and 39 of the Contracts Law (General Section) 5733-1973, an individual must behave in good faith when drawing up a contract and upholding the obligations that arise from that contract, this is all the more so in the case of a public authority dealing with the public. When a promise given by a person of authority in the context of this legal authority is involved, with the intention that this promise have legal standing and which the other side accepts as such, public fairness demands that the promise be carried out in practice when the official that gave the promise has the ability to fulfill it, even if the situation of the citizen is not worsened. The credibility of the government in the eyes of the public is far more important than the possibility of being given the opportunity to change his

mind or go back on the promise or pledge he took upon himself vis-à-vis the citizen, in the context of his legal authority and practical ability to carry it out.

In *HCJ 135/75 Aharon and Yehudit Sarig et al. v. Minister of Education and Culture*, *the Director-General of the Ministry of Education and Culture and the Yehuda Regional Council*, the court explained: "The abrogation of a governmental promise juxtaposes, one opposite the other, two conflicting interests, and the ability of the authority to default on a decision or deed, while defaulting on a promise to an individual or to the public, is conditional, in any given case, on the proper balance between these two conflicting interests. On the one hand, there is the need to uphold the authority of the governmental authority to rectify a mistake or aberration, which, left untouched, would be improper, or even harmful to the public; and, on the other hand is the need to ensure the stability of action of public administration, stability being one of the conditions for the normality of administrative regulations and an important guarantee for the preservation of the citizen's trust in the governmental authority (*HCJ 799/80 Shlalam v. Licensing Clerk. Pursuant to the Shooting Law, 5709-1949, Petah Tikva District, Ministry of the Interior*, IsrSC 36(1), remarks by Supreme Court President Barak on p. 331); and *HCJ 787/86 Elgrabli et al. v. Mayor of Rehovot et al.*, IsrSC 41(1) 225, remarks by Supreme Court President Shamgar on p. 240). Indeed, an authority that changes its mind as it breaches a promise it made to an individual or to the public is in fact attesting to the fact that it did not properly consider the content and implications of its first decision in a timely manner. And a fickle authority, one that makes rash promises and hurries to break promises, does not meet the duty imposed upon it to exercise its governmental authority reasonably and in good faith, and through its own actions, undermines not only the trust of the harmed promisee but also the trust of the public as a whole.

24. The proof of the existence of a governmental promise must be clear and unambiguous, and the conditions for such a promise must be as follows:

1) **The promisor had the authority to make the promise** – In the ruling, the view was expressed that "When examining state authorities in their actions vis-à-vis the individual, considerable weight should be given to the fact that when the government, its behavior and actions – through one of its branches or through a party acting on its behalf – are involved, this may create a situation that is binding upon all agents of the government, no matter who they are. The individual facing the governmental, bureaucratic apparatus should not have to contend with the internal division of authority among the various office holders, and the state should not be allowed to repudiate the actions and promises of its employees, even if they were given in the absence of proper authority to do so" (*CivA 2054/98 Roichman Brothers Samaria Ltd. v. State of Israel*, IsrSC 56 (2), 433, 455).

2) **The intention to give the promise binding legal validity** – The ruling that recognized the validity of an administrative promise conditioned it on terms that are essentially similar to those that underlie the validity of a contract – "firm resolve" and "specificity" (*CivA 6620/93 Ramat Gan Municipality v. Golomb* IsrSC 51 [30] 363, 370; *HCJ 4915/00 Reshet Media and Production Company [1992] Ltd, v. State of Israel*, IsrSC 54 [5] 451, 477). In other words, in order for an administrative promise to become binding, the promisor must have intended to give the promise legal validity and it must be sufficiently explicit (see also the above case of Sci-Tex; A. Stein, "An Administrative Promise," *Mishpatim* 14 255 [1985]).

3) **The promisor has the ability to fulfill the promise** – A condition for obliging the administrative authority to fulfill a promise made by it is that it is possible to fulfill the promise (*CivA 2019/92 Ministry of Construction and Housing v. Zisser*, IsrSC 52 [3] 223, 208). From this it follows that when a promise is given that involves an overstepping of authority or a lack of legality, the administrative authority cannot be obliged to keep it (the case of Uman Knitting Factories, Ltd.; *CrimA 2910/94 Yefet v. State of Israel*, IsrSC 56 [2] 221, 366). On this matter, we will further clarify that an authority cannot make a promise not to fulfill its public duty or exercise its governmental authority, and nor can it waive or constrain the mandates granted to it by law.

25. An example of the application of the principles enumerated here can be found in the abovementioned HCJ 5853/04, which considered a petition against an IDF commander's declaration of the Givat Aperion outpost in Judea and Samaria as a "defined area." The petitioners argued that they had been given a promise that the outpost would be removed from the list of outposts designated for immediate evacuation, and that a survey process ("*seker*") had been carried out to examine the legal status of the area on which the outpost stood. It was determined that:

> "The one making the claim (that an administrative promise was made) must prove that this promise was given and that it was explicit, clear and indisputable, as required of a legal commitment that does not fall within the bounds of a declaration of intent (*HCJ 585/01 Kelachman v. Chief of Staff Lt. Gen. Shaul Mofaz*, IsrSC 58(1). 694, 706). Similarly, the promise must have been given by the organ authorized to give it (case of Sci-Tex, p. 676; case of Uman Knitting Factories, Ltd., p. 474). In the petition before us [...], Respondents 1-2 had indeed decided (on Oct. 27, 2004) to remove the outpost from the list of outposts designated for immediate evacuation. Nevertheless, this decision, in of itself, should not be interpreted as a governmental commitment to refrain from evacuating the

outpost. The Respondents noted, on this matter, that the reason behind the decision to remove the outpost from the list of outposts designated for immediate evacuation was the desire to reach an agreement with the petitioners regarding its voluntary evacuation. We have not been persuaded that the fact of the removal of the outpost from this list represents, as the petitioners argue, a governmental promise that the Respondents would refrain from evacuating it in the future, and certainly not that they intended to legalize it. [...] As for the commitment made by Respondents 1-2 and their employees to take action to advance planning procedures aimed at establishing a legal settlement on the area of the outpost, the petitioners learned of the existence of this promise from the start of the implementation of the land-survey process and the promises made by Respondents 1-2 and their employees to take action to legalize the outpost and make it a legal settlement. The documents the petitioners attached to their petition show that Respondent 2 had decided (on 19 February 2003) to start a land-survey procedure. Nevertheless, the factual infrastructure presented to us does not point to the existence of a governmental promise to carry out a land-survey procedure. The decision to carry out this procedure was made as part of Respondent 2's policy considerations, rather than as part of an agreement or promise made to one or more of the petitioners. [...] In any case, although the existence of a commitment to start a land-survey procedure does not point to an administrative promise to take action to establish a legal settlement on the area of the outpost [...], the survey of the outpost's land is not the same as regularizing the outpost (see and compare *HCJ 9195/03 Weinstock v. Supervisor of Government Property in the Gaza Strip* [unpublished]), while the regularization of the outpost is conditioned on the outcome of the examination of the legal status of the area of the outpost in the context of the land survey. Nevertheless, even if this examination should show that the outpost's land is owned by the state or by Israelis, this in of itself does not turn the outpost into a legal settlement. [...] Because this is the case, we have not been persuaded that the promises claimed by the petitioners are indeed based on a governmental commitment that prevents Respondent 3 from designating the outpost's area as a defined area (see and compare: *HCJ 5245/03 Laov v. State of Israel* [unpublished])."

26. However, even if the administrative promise fulfilled all of these requirements (that the promisor had the authority to give it; that there was intention to give the promise legal validity; that the promisor had the ability to fulfill it), there still remains the question of whether the authority had legal justification to renege on its promise, because then it would override the "contractual" element in the administrative promise (see HCJ 15/75 as above, 78/594 on p. 321; *Uman v. Minister*

of Industry, Trade and Tourism, IsrSC 32 [3] 469; HCJ 480/83 as above; HCJ 142/86 as above; *HCJ 636/86 Nahlat Jabotinsky v. Ministry of Energy and Infrastructures*, IsrSC 46 [2] 806; HCJ 4383/91 as above.) Reneging on a promise made by an administrative authority involves a conflict of interests: the public interest in rectifying a wrong or aberration in the actions of the authority as it is reflected in an administrative promise, on the one hand; and the public interest in flexibility on the part of the authority and the desire not to tie its hands and prevent it from acting, on the other. However, there is a further public interest in stability and certainty regarding the actions of the administrative authority (*CivA 2019/92 Ministry of Construction and Housing v. Zisser*, IsrSC 52 [3] 208, 220; the interest in public fairness and the preservation of public trust in the governmental authorities (*HCJ 5178/04 Central Galilee College of Science and Technology v. Ministry of Education, Culture and Sports*, unpublished); the interest regarding the promisee's personal expectation and the harm to be caused to him, and in the cases in which the promisee relied on the promise – the interest of the reliance too.

27. The precise scope and limits of the boundaries governing the ability of the authority to renege on a promise given by it have not been defined (*CivA 433/80 IBM Assets in Israel Ltd. v. Director Property Tax and Compensation Fund, Tel Aviv*, IsrSC 37 [1] 337). Nevertheless, it would appear that certain guiding principles can be extracted from the ruling, based on logic and common sense. One such principle has its origins, as noted, in the public interest "not to tie the authority's hands to the extent that it is unable to carry out its functions to benefit the public as the times, circumstance and needs change" (HCJ 580/83 as above; *HCJ 840/97 Sbeit et al. v. Government of Israel*, IsrSC 57 [4] 813, 870; *HCJ 4383/91 Shpeckman v. Municipality of Herzliya*, IsrSC 46 [1] 447, 454). Another principle is that the claim of an error is not always sufficient to justify the cancellation of a decision that an authority seeks to go retreat from or rectify (*CivA 417/74 Land Betterment Taxes Director Netanya v. Pali*, IsrSC 29 [1] 681; and the High Court of Justice ruling in the case of Shlalam, as above); a further principle involves the fact that the chances that an authority's claim that an inadvertent bureaucratic error was involved will be heard are far greater than the chances that its claim that "a clerk carried out the policy of the office unwisely or wrongly, or used his discretion in an unreasonable manner" will be heard (Civil Appeal 433/80 as above, on p. 351). We will now return to the question we posed in Section 22 of this report – whether illegal construction can be legalized after the fact – and to address this question, we will first consider the process of allocating land to settlements and their construction.

The allocation of land and construction in Judea and Samaria

28. In most cases, land for the establishment of a community or rural settlement in Judea and Samaria is allocated by the Custodian of Government and Abandoned Property to the Settling Entity. The allocations were made in principle to the World Zionist Organization (WZO), which is a “settling institution” as this is defined in Section 1 of the Law of Candidates for Agricultural Settlement 5713-1953. Through its settlement division, the WZO allocates land to regional or local councils in Judea and Samaria or to rural settlements located inside the boundaries of the regional councils. Although there are other settlement entities, the WZO is the principal Settling Entity where rural settlements in Judea and Samaria are concerned. The Settling Entity is responsible for the physical establishment of the settlement, as well as for forming the settlement group, preparing plans and infrastructures, building a temporary camp, i.e. the initial residential buildings and providing the settlers with production means. For urban settlements, the Custodian allocates the land to the Ministry of Construction and Housing. In addition to these principal allocations, there are other allocations that involve allocations to a different Settling Entity, based on the government’s decision, or if the entity purchased the land and it was declared government property.

29. Not everyone agrees on the scope of authority granted to a Settling Entity in regard to the expansion of settlements in Judea and Samaria, preceded by a government decision. One approach maintains that the expansion of an existing settlement through the construction of new neighborhoods does not require a further decision by the government, as long as the expansion is carried out on state land and is located within the mother community’s jurisdiction and in the territory allocated by the Custodian of Government and Abandoned Property. The other approach, the one that has been put forth, inter alia, in the report on what was designated as “unauthorized outposts” submitted by Attorney Talia Sasson to Prime Minister Ariel Sharon in 2005, holds that the further construction in existing settlements is not intended, in part, to expand them by building neighborhoods, but that it is in fact is used to establish new and independent settlements by bypassing the need to go back to the government to get its permission. The Sasson Report offers extensive descriptions of the involvement of settlement entities and government ministries in the expansion of settlements, without a decision being made at the political level and without any planning arrangements. Before deciding between these two approaches and in order to clarify the facts, we will present excerpts from that report accompanied by comments made by the people under review.

30. In regard to the Settlement Division, the report found that the WZO

> "...played an intensive role in consolidating settlement groups for the territories, planning the area for settlement, establishing the temporary camp for the settlement, creating production means and dealing with social issues related to the existence of the settlement. [...] **The Settlement Division is entirely funded by the State of Israel**, and formally receives its budget through the Ministry of Agriculture. The Division qualified its involvement as a Settling Entity in rural areas only and has acted throughout all the years in cooperation with the Civil Administration in Judea and Samaria and the Ministry of Construction and Housing" (p. 120 of the report).

The report further states that

> "the Division played a central role in the establishment of unauthorized outposts, despite the fact that no decision to establish them was made at the political level (p. 121). [...] The allocation of land without authorization from the Custodian (p. 122) [...] and the allocation to others in breach of what was permitted (p. 123) [...] the Settlement Division is the entity that funded mainly the temporary, initial camp that was built. The permanent buildings were constructed by a number of parties [...] apparently also by the Ministry of Housing (123). [...] Some of the land allocated to the Division was survey land or privately owned Palestinian land, and this was despite the disruption in the Civil Administration's data. [...] The Division did not know about this and believed that it was receiving allocation of lands that were exclusively state lands" (p. 124).

Among those who espouse the other view is Mr. Yuval Funk, the deputy director of the Settlement Division in the WZO and the director of the Contracts, Guarantees and Lands Division in the central district. His position, briefly stated, is that there was nothing wrong in the conduct of the Settlement Division in regard to the construction in Judea and Samaria and that everything was done with permission and authorization. In a letter sent on October 26, 2004 (11 Heshvan 5765) to Attorney Talia Sasson (see Appendix 9), he explained that the Division that he headed dealt with the allocation of land for rural settlement handled by the WZO and the Jewish Agency (which will hereinafter be termed "the Settling Entity,") on both sides of the Green Line. As he put it,

> "The Settling Entity is in possession of permits from the Custodian of Government and Abandoned Property in Judea and Samaria [...] for all the sites noted in Ms. Sasson's letter [...] except three…" (see Section 2).

It was argued that all the lands that the Settling Entity received from the Custodian of Government and Abandoned Property for the purpose of the planning, development, building and establishment of settlements were state-owned lands,

based on the land registry and/or lands for which the process to "declare" them state lands had been completed by the Civil Administration in accordance with the rules it followed, and/or lands that were seized militarily, or survey lands (see Section 3 of the letter).

The letter added in Section 4(a) that:

> "The establishment of the settlements in Judea and Samaria was carried out in accordance with government decisions based on the recommendation of the government's Joint Ministerial Committee for Settlement Affairs and the Settling Entity. In these decisions, the government charged the Settling Entity both inside the 'Green Line' and in the settlements in Judea and Samaria with planning, developing and strengthening the settlements. By virtue of those decisions, land was allocated to the Settling Entity for the development of settlement by the Israel Lands Administration, within the 'Green Line,' and by the Custodian of Abandoned and Government Property, in Judea and Samaria. The Settling Entity acted as a contractor and transferred rights to the settlers and settlement societies for varied uses of the allocated lands, including residences, public areas and buildings, work and industrial areas and buildings and agricultural production means, all in accordance with the character of the settlement [...] as decided in regard to it in the relevant government decision."

Mr. Funk further maintained (see Section 4(d) and Section 4(e)1 of his letter), that from 1977 on, the settlement-establishment policy changed in the sense that it was decided that settlements would be established on state-owned land only and that

> "For all the agreements signed for specific settlements whose name was determined in government decisions, the allocation of land would be for the overall handling in the entire allocation area, and was designated for the planning and development of settlement activity within the bounds of the contract and which would help with the planning, building, development and establishment of the settlement."

Section 4(5)(2) states:

> "The areas allocated for all those settlements often included hundreds and thousands of dunams (1 dunam = 1,000 m^2). The policy was to allocate all the state lands near that settlement in order to designate them for settlement. The permits defined these lands – similar to the accepted definition for rural agricultural settlement inside the Green Line – as areas of the settlement's 'plot,' as is the accepted case for the plots for agricultural settlements inside the 'Green Line,' where a settlement plot is

> 3,000-8,000 dunams in size, in some cases without territorial continuity. This is how the territory for the rural communities in Judea and Samaria were defined, and everything was subject to the limitations of the state land available for allocation."

In Section 4 (5) 3, the motivation for this policy was explained:

> "…Alongside the economic, social and demographic needs, which were given expression in the layout of the settlements, in accordance with governmental decisions, also taken into consideration by the policy and decision makers was the need to safeguard state lands, establish social and educational institutions, develop employment zones and so on." (For more on this, see also Mr. Funk's comments in a discussion held with him on March 14, 2012 (20 Adar 5772), from p. 5 of the minutes).

32. Regarding the expansion of settlements in the context of the allocated "plot", Mr. Funk added:

> "In the permit agreements between the Settling Entity and the Custodian regarding all the settlements in which the Settling Entity's responsibility was decided, by government decision, the Settlement Entity may allow the society or settlers to live on the plot, and/or the institutions, factories, developers acting on behalf of the settlement 'in accordance with the accepted conditions and/or those that are acceptable to it' (the Settling Entity) in the context of which they may carry out planning, building, develop and strengthening of the settlements, with the help of the Settling Entity and additional governmental agencies. These rules and conditions are followed by Settling Entity in rural settlement inside the 'Green Line' too. According to these conditions, the Settling Entity has granted, up to the present day, to the societies and settlers in the rural, agricultural and community settlements inside the 'Green Line' and in Judea and Samaria only 'Permit Holder' ("*Bar-Reshut*") rights. The rules and terms, as noted above, are known to all government agencies and they did not restrict the Settling Entity from acting in accordance with them. On this matter, the Custodian's legal advisor wrote as follows: "The Custodian agrees that the WZO sign Permit Holder contracts with developers for all types of construction within the plot allocated to the WZO in accordance with the permit contracts."

On the background of all these things, Mr. Funk's conclusion was that:

> "In every settlement that the permits relate to and that contain a neighborhood as noted in the letter by Talia Sasson, the settlement entity has contracts and memoranda of undertaking, as noted above. These

undertakings are valid for all the territory located inside the allocation, and these neighborhoods are an inseparable part of the settlement."

33. As for the fact that the physical establishment of the settlement preceded the planning work, Mr. Funk maintained that:

"In every rural settlement, from the time of the establishment of the state up to the present, the physical settlement activity preceded the completion of the authorized planning procedures. This is how settlements were established in the late 1970s and throughout the 1980s. Some of them were termed "lookouts," such as in the Segev bloc and in the Galilee, e.g. Moreshet, Adi, Atzmon, Alon Hagalil, Hoshaya, Maaleh Tzviyah, Yuvalim, Yaad, Shekhanya and others, which were established without an effectual outline plan. This is how the settlement of Merhavam was recently established in the Negev and that is how the 50 settlements of the Adulam Region, such as Tzafririm, Ajur and others, some of which do not have an effectual outline plan to this day, were established. [...] This was the practice of the Settling Entity, just as it was of other government agencies, throughout the entire country. All the new settlements were established on the ground before the planning and statutory procedures were completed, and this is what all the government agencies involved in the establishment of settlements, including the Civil Administration, did. [...]

"Various government ministries were partners to the settlement activity, including in Judea and Samaria, e.g. the Ministries of Construction and Housing, Agriculture, Defense, Interior, National Infrastructures, the Prime Minister's Office and others. Accordingly, temporary living centers and public buildings were built, in accordance with the "erection plan" only. Only afterwards were the planning and outline stages begun, along with the construction of the permanent structures. However, the outline plans for the permanent structures in most of the settlements still lack statutory effectiveness, for various reasons…

"The various government ministries worked hand in hand with the Settling Entity. Thus, for example, in a manner conforming with work procedures still in effect today, the Ministry of Construction and Housing pays for the detailed planning of the outline plans and the consultants involved in their preparation by the planning agencies employed by the Settling Entity. A considerable portion of the settlements in Judea and Samaria were established as Nahal (military-agricultural) settlements that were eventually turned into permanent civilian settlements, in accordance with government decisions, even before their outline plans went into effect. Accordingly, when the neighborhoods that were the subject of Ms.

Sasson's letter were built, they did not always have an outline plan in effect, just like the mother communities and other neighborhoods, and provisional building permits were granted by the local planning and construction committees, just as they had been granted to the mother settlement…

Moreover, from the point of view of releasing funding, not only were these neighborhoods recognized by all the government agencies, but even in regard to the allocation of financial resources from its budgets, the Settling Entity was instructed that the Settlement Division should handle these neighborhoods in the same way as the settlements themselves. On this matter, the PMO gave written instructions, by means of its director-general, to act as follows:

> "In a number of settlements in Judea and Samaria, neighborhoods have been established within the plots of existing settlements. [...] I hereby request to authorize a separate framework for each community settlement that functions separately from the mother settlement, including a separate calculation of the establishment quota for each neighborhood…"

This included the following settlements: Alon, Nofei Prat, Shvut Rachel, Tal Menashe, Kfar Eldad, Tel Katifa, Talmon North, Haresha (Talmon), Mevo'ot Yericho (Yitav), Pnei Kedem (Meitzad), Negohot, Mitzpe Yair, Shirat Hayam (Kefarim), Shalev, Rotem, Maskiyot, Rechelim, Bruchim, Mitzpe Hagit, Ibei Nahal, Neve Erez, Migron, Mitzpe Keramim, Mitzpe Yair, Asael, Eshtamoa."

"In all the parcels (lots) designated for residences and in the settlement's residential areas (including in the neighborhoods that are the subject of Ms. Sasson's letter), infrastructure and development work was carried out, funded by the various government ministries and with the knowledge of all the parties in the Civil Administration. Moreover, the Civil Administration gave permits to move buildings in all the mother settlements, when it was completely clear to it that these settlements did not have effectual outline plans. The infrastructures work for the electrical, water and sewage systems were carried out with the knowledge and agreement of the Civil Administration. [...] As noted above and to remove all doubt, I will clarify and emphasize that this was the practice of all the government ministry heads, ministers of housing and defense and the various governments of Israel…"

34. Similar remarks were included in a letter written by Attorney Shlomo Ben Eliyahu, the director-general of the Settlement Division in the Jewish Agency, dated

December 7, 2004 (24 Kislev 5775), addressed to Attorney Talia Sasson (see Appendix 10). The letter said:

> "According to the firm and abiding legal structure that has been in effect for more than 20 years now, the Settling Entity receives, as part of the permit agreement from the Custodian, the right of possession to land for the purpose of **building and/or developing and establishing a settlement**. To this agreement is attached a blueprint, which is an inseparable part of it, that defines and delineates the physical boundaries in the area in which one settlement, is to be established the name of which is in the relevant government decision. This real estate is defined in the 'settlement plot' agreement. [...] The permits are for an extended period of up to 49 years. This is because it is impossible to establish a settlement on the area of the plot within a short period of time. [...] The area of the plot is defined in the permit as the 'settlement plot.' Consequently, everything that is built and developed within the plot area is part of the settlement. It is indisputable that the extended authorization period and the commitment to establish and to continue the building, establishment and populating of the entire plot area are given expression in the establishment and expansion of the settlements by means of those very same residential neighborhoods, in each settlement in accordance with the plot area given to it for the purpose of its establishment. [...] Moreover, the plot area was defined in the 'order of the area commander,' as the sovereign in the territory, as the municipal area of one single settlement, meaning that there was no intention to establish additional settlements in its plot area…
>
> In wake of the Oslo agreements, the Settling Entity was instructed by parties in the security establishment to plan the uses/designations of land for all those plot areas – outline planning, **with one settlement for each plot area**. Considerable funding was invested in this planning. [...] Moreover, the Settling Entity was also instructed to treat some of these neighborhoods as an independent settlement only from a budgetary standpoint, i.e. to create a separate budget framework for them, despite being neighborhoods of a single settlement."

On this matter, Attorney Ben Eliyahu referred to a letter written by Sallai Meridor, the chairman of the Settlement Division, dated February 1997:

> "In a number of settlements in Judea and Samaria, neighborhoods have been built within the plots of existing settlements. In a number of places, neighborhoods have been established by separate (cooperative) societies, and, due to topographical and organizational constraints, they were built at quite a distance, which does not enable a connection between the

> neighborhood and the mother settlement at this stage of their lives. These societies in fact maintain an independent lifestyle, including separate acceptance committees, members dues, secretariat, etc. I request hereby to authorize a separate framework for each community neighborhood which functions separately from the mother settlement, including a separate calculation of the establishment quota for each neighborhood."

Attorney Ben Eliyahu added in his letter to Attorney Sasson:

> "Government agencies considered the "new neighborhoods" or "outposts" as defined in your letter to be a neighborhood that is part of the existing settlements and that represent a part of their plots."

He reiterated that,

> "All the neighborhoods that you call 'new neighborhoods' or 'unauthorized outposts' have been authorized in accordance with the documents and authorizations noted above. [...] We have hundreds of other documents that express the awareness of the authorities that the activities and advancement of planning in Judea and Samaria were done with their knowledge and authority. As you know, almost all the outposts noted in your letter have the signature of the Minister of Defense and/or the Head of the Civil Administration for the Advancement of Planning Procedures."

Attorney Ben Eliyahu sums up and notes:

> "According to government decisions, the authorizations, permits and documents both from the PMO and the Ministry of Defense, all the neighborhoods, what you call 'unauthorized outposts,' are authorized, <u>permitted and recognized</u> (emphasis in the original). Based on guidelines handed down by the political levels and the Civil Administration, we were instructed to plan, build, develop and strengthen the settlements, and almost all the government agencies were partner to these actions, whether involving actual implementation or supervision and control. [...] There are another dozens of neighborhoods that share their status, and if they are defined as 'unauthorized' because the planning process has yet to be completed, then the statutory status of these neighborhoods is identical to that of dozens of settlements in Judea and Samaria, as well as to that of hundreds of settlements and neighborhoods within the boundaries of the Green Line. [...] Similarly, we recommend that the parties in charge instruct the planning authorities to do their job and get back to work, at least that they consider all the hundreds of plans that have been submitted

> to them, either to authorize or reject them. In doing so, they will be meeting the commitment that the government took upon itself in the 'outpost agreement' to advance the planning processes of those outposts it decided not to evacuate."

35. In a further document submitted to the Ministerial Committee that debated the Sasson Report (see Appendix 11), the Settlement Division further maintained that the establishment of settlements in Judea and Samaria was preceded by the preparation of a regional master plan, in whose preparation steering teams from the various government ministries took part, along with the Civil Administration and the municipal authorities (see p. 2 of the document). As for the expansion of settlements by means of the building of neighborhoods, it was stated that:

> "…These were established as an inseparable part of existing settlements whose establishment had been authorized by government decisions. [...] The neighborhoods were established on land that had been allocated to the Division in permits by the authorized party in the Civil Administration – the Custodian of Government and Abandoned Property. [...] All the neighborhoods are noted as being situated within the municipal area of the 'mother settlement,' defined by 'Order of the Area Commander.' [...] The expansions are neighborhoods located within the existing settlement's area of jurisdiction, in the authorized area given to the Division for the purpose of planning, building, development and strengthening the settlement and within the boundaries of its 'blue line,' which represents the planning boundaries of the 'mother settlement'" (p. 2 and p. 3).

The Division was aware of government Decision 175 of March 1999 (that the expansion of a settlement in Judea and Samaria requires the authorization of the Ministry of Defense with the knowledge of the Prime Minister). However, the Division maintained (see p. 3 and p. 4):

> "**Our interpretation and that of all the authorities was that this decision related to the expansion of a settlement's 'area of jurisdiction.' [...] An 'Order of the Area Commander' defines and delineates the municipal area of jurisdiction of a single settlement. It is not possible for there to be a number of settlements on the area of a single settlement. That is why, all the neighborhoods-outposts situated within the bounds of the 'Order of the Area Commander" are within the bounds of a single settlement, and consequently, are not new settlements that require a further decision by the political level**" (emphasis added).

At this point it should be noted that the exact same position was expressed to us by Yossi Segal, the Custodian of Government and Abandoned Property, who said:

> "The moment it has been decided to build a settlement, and that settlement wishes to expand itself by building a neighborhood within its area of jurisdiction as determined in the Order of the Area Commander – it should not be considered a new settlement, and consequently does not require a further government decision" (minutes from May 7, 2012).

36. As for the **Ministry of Housing**, the Sasson Report states:

> "The central (albeit not only) branch through which the ministry is involved in unauthorized outposts is the Administration for Rural Construction, which has for years focused [...] on the establishment of new settlements in Judea and Samaria and on the expansion of existing ones" (p. 139).

The report (from page 141 on) quotes remarks made by the State Comptroller (Report 54b from 2003), as follows:

> "The Ministry of Construction and Housing [...] helps the Jewish local councils in Judea and Samaria, Gaza and the Golan Heights in budgeting projects involving planning, construction and development. The Ministry is active in Judea and Samaria [...] both by means of the districts of the Administration for Rural construction, and mainly the Jerusalem District, as well as by means of the urban construction districts [...] A review found that in the period from January 2000 to June 2003, the Jerusalem District of the Rural Construction Administration signed 77 contracts with local authorities for construction and development in 33 sites Judea and Samaria. According to data of the Civil Administration, the work in these sites was executed unlawfully, either because of the absence authorization from the government or Ministry of Defense, or because of the absence of an effectual outline plan, or for reasons related to ownership of the land. The scope of these contracts totaled NIS 29 million. These contracts included works of different types: infrastructures for housing units, security roads, access roads to settlements, open public areas, connections to electricity, the building of a water tower or the laying of a water line and the construction of public institutions. According to the data provided by the Civil Administration, of the abovementioned 33 sites, 18 were not located within the limits of any settlement decided upon by the government. The scope of the contracts between the Ministry of Housing and the local authorities in these 18 sites totals approximately NIS 18.4 million. [...]

> "The Ministry of Construction and Housing does not demand that building permits be produced as a condition for the funding of projects; nor do other governmental authorities demand that building permits be produced. The Ministry of Housing aids the local authorities in Judea and Samaria in funding projects and it must determine operations procedures consistent with the procedures of the Civil Administration. It has been noted that it has not done so. The Ministry of Housing funded projects without coordinating them with the Civil Administration. In both cases, the Ministry funded road-paving works and the building of a structure in places for which the Civil Administration issued demolition orders. What emerges is that at the very same time that one governmental branch – the Ministry of Housing – was investing its resources in construction and development works in settlement sites in Judea and Samaria that lacked legal construction permits, another government branch – the Civil Administration – was investing its resources in finding and demolishing illegal construction."

The Sasson Report further determines (see p. 143):

> "A considerable part of the Ministry of Housing's budgetary investments were carried out in the Rural Construction Administration; the Rural Construction Administration invested a considerable part, if not most of its resources in illegal construction in the illegal outposts and neighborhoods…"

The report later specifies the ways in which the Rural Construction Administration helped in the establishment of the outposts: funding of infrastructures and the establishment of public buildings, the expansion of existing settlements – without a decision by the government or the political level, without examining the nature of the rights to the land and in some cases, not on state land, and without a detailed plan as required by law (p. 145); indirect assistance was provided through the regional councils (p. 149); funding of infrastructures for outposts was provided from what was termed in the Ministry's budget as "miscellaneous general development" (in 2002, the sum stood at NIS 34 million) (p. 150). The Ministry of Construction and Housing employed external architects as well as architects from the Ministry to plan the outposts, infrastructures and even employed electricity and water consultants for this purpose (p. 156). It was further found that the Ministry of Construction and Housing purchased hundreds of mobile homes, some of which were stationed in unlawful outposts (p. 164) without receiving any payment in return.

37. Sarah Aharon, the head of the Rural Construction Administration in the Ministry of Construction and Housing, in a letter she sent on 13 October 2004 (3 Heshvan,

5765) to Attorney Talia Sasson (Appendix 12), disagreed with the findings and conclusions of the "Outpost Report." In regard to the policy of the various governments over the years concerning settlement in Judea and Samaria, she wrote:

> "This has not changed over the years and when for reasons of international relations it was not possible to establish new settlements in Judea and Samaria, the policy makers decided that rather than establish new settlements, existing ones would be expanded, even if the expansion was not adjacent to an existing settlement. In view of the fact that political rather than planning considerations underlay the interspersion of the settlements, the direction in which to expand the settlements was generally not determined by professional, bureaucratic considerations, but rather by entities on the ground, i.e. the regional councils and Amana movement, and with the backing of the various housing ministers. [...] The Ministry relied on the planning permits given by the Custodian of Government and Abandoned Property, when this permit was granted after being checked by the Director in Charge of Land Ownership. [...] The Ministry of Construction and Housing only plans on land that has been declared state land and on survey land. Survey land is land that is about to be declared and consequently, the government policy was that there is nothing to prevent planning on this land."

38. A further letter from Sarah Aharon to Attorney Talia Sasson, dated 19 December 2004 (7 Tevet 5765) (Appendix 13) states:

> "…Based on all the documents in our possession and on the permits given to the various parties that maintain ongoing work relations with us, it turns out that **the 'unauthorized outposts' are in fact authorized, recognized and permitted**, both based on government decisions as well as according to the high-ranking and authorized parties in the PMO and Ministry of Defense. The WZO received a permit for planning and development from the Custodian of Government and Abandoned Property for the overwhelming majority of the sites on the abovementioned list, with the exception of a small number of neighborhoods, which were given permits for planning only at this stage. Only three sites received no permit at all. It should further be clarified that all the 'outposts' were established within the plot area for which the WZO received the planning and development permit. The plot area is the municipal area of a single settlement, even if a number of neighborhoods have been built on it, when there is a physical separation between the different neighborhoods. It should be noted that separate settlement code was given to separate neighborhoods within the

same plot area for administrative purposes, and does not indicate that authorization was given for the establishment of a separate settlement…

"In conclusion, all the 'unauthorized outposts,' as you called them, on the list that you transferred for our comments are authorized sites in accordance with a government decision and/or that of the senior authorities in the PMO and Ministry of Defense. In the vast majority of cases, permits for planning and development or permits for planning were given, and the outposts were built within the plot for which the permit was given."

39. The Sasson Report shows that the **Civil Administration** was responsible for all of these things: for granting permits to transport mobile homes (caravans) to the territories; authorizing the survey-land procedure; giving instructions to connect outposts to the electric grid; authorizing planning and consideration of plans by the planning and zoning authorities; authorizing the allocation of land by the Custodian of Government and Abandoned Property in the Civil Administration; authorizing planning and permits to expand settlements; issuing demolition orders; (in coordination with the Prime Minister) for instructing the area commander regarding the issuing of delineation orders for the evacuation of outposts and giving orders to actually evacuate outposts.

The reports determines (see p. 178) that an examination by the Civil Administration regarding the nature of the land rights upon which outposts were built shows that they were in part built on land allocated to the WZO, and that over the years, some turned out to be survey or Palestinian-owned lands. This situation was caused, inter alia, by faulty drafting of the maps. It was further found that the outposts, even if unauthorized, had been connected to the electric grid thanks to a permit signed by the Electricity Staff Officer in the Civil Administration (p. 202), and following a letter sent by the Assistant to the Defense Minister on 4 May 2004, the text of which can be found on p. 205 of the report:

"Peripheral lighting in settlement areas, which are areas that are under threat, is a security factor of the first priority. Even in those places where there are reservations, and procedures are in place in preparation for evacuation, as long as human beings reside and live in them, their lives must be protected, just as the army carries on guarding and patrolling in these places. Thus, the electrical supply for lighting should be permitted as a crucial element in guarding until their status is decided."

40. As for the **Ministry of Defense**, the Sasson Report claimed(see p. 243) that the Assistant to the Defense Minister for Settlement Affairs (Ron Schechner) would

intervene in matters that were not within his jurisdiction and to that end, quotations were cited from a letter addressed to the Settlement Division in February 2003 (see p. 243):

> "I hereby authorize that the settlements listed below function as independent settlements in every way and that they should be treated as such in regard to every matter, including budgeting and their settlement code: Pnei Kedem; Ibei Nahal, Haresha; Neve Erez; Migron; Mitzpe Keramim; Mevo'ot Yericho" (Appendix 14, and similar letters of the same kind – Appendix 15).

The Sasson Report further states that,

> "Mr. Schechner intervened on behalf of the unauthorized outposts (p. 246), asked the Settlement Division to relate to them as full-fledged settlements, including by giving them a (separate) settlement code and budgeting. This was done without informing the Defense Minister (who is not even CCed on the letter) and contrary to the position of the Minister of Defense, whereby at least part of the outposts on the list in Schechner's letter are unauthorized outposts. Ostensibly, the letter appears to be worded so as to give the authority to which it was sent the impression [...] that a legal settlement was involved, since that is the simple reading of what it says. The recipient would certainly find it difficult to assume that a high-ranking official such as Assistant to the Defense Minister for Settlement Affairs did not reflect the position of the government and had written a letter such as this contrary to its policy."

In a written response to that criticism, the Assistant to the Defense Minister explained concerning the settlements that were claimed to be unauthorized (Appendix 16):

> "Human beings live in these places. As long as those people are there, they are entitled to basic services, especially those related to security. When I wrote that I wanted these sites to be related to as independent settlements, I was referring mainly to the security components. I did not determine whether or not they were legal. I expressed no opinion as to whether or not they were legal and nor did I give any authorization regarding their status; I only determined that they should be dealt with because they are there and people live in the area and that consequently, it was necessary to relate to basic security aspects. [...] If they are unable to deal with a settlement that does not have a number – I asked to take care

> of the settlement. I assumed that the settlement should receive everything that is required where its security is related."

In response to our question to Mr. Schechner in his appearance before us – Can it be assumed that the political levels were aware of the construction of these settlements? – he responded:

> "Of course. No more than two days goes by before construction of this kind is brought to the attention of the most senior political level (minutes – 2 May 2012).

A new settlement or new neighborhood? – A decision under dispute

41. As noted, the WZO's Settlement Division is of the view that the mandate it was given in the permit agreement with the Custodian of Government and Abandoned Property was to build a single settlement in the area of a given "plot." It is further of the view that pursuant to that mandate, it was entitled to plan the settlement, build and strengthen it by creating sources of employment and constructing public buildings. In view of this interpretation, it stands by its view that construction within the area of the "plot," even if it is considerably distant from the mother settlement, is in fact an expansion by means of the addition of a new "neighborhood" rather than the establishment of a new settlement. The Division further added and maintained that this interpretation does not contradict Government Decision 640, from May 1984, in view of the fact that the term "continuous territory" does not refer to construction that is adjacent to the mother settlement, but rather to territory that does not exceed the boundaries of the "plot" as determined in the permit and the area of jurisdiction of the mother settlement, in accordance with the area commander's order. This is the spirit in which it interprets Government Decision 175, i.e. that while the expansion of a settlement in Judea and Samaria does indeed require the Defense Minister's authorization, here it refers to expansion **outside** the boundaries of the "plot" and municipal area as determined in the area commander's order.

42. Government decision 640, which coined the phrase "**expansion within the continuous area**" of a settlement, did not define this term in such a way as to prevent various contradictory interpretations later on. Nevertheless, once again, there is no doubt that the intention was to prevent the establishment of new settlements under the guise of new "neighborhoods" in the absence of a government decision, and there is evidence of that. In 1998-5758, the Minister of the Interior asked to remove the words "continuous territory" from Government Decision 640, so that it would say, "the expansion of a settlement [...] does not require a special decision of the government." **It would appear that the minister was referring to expansion**

within the "allocated plot" only, and despite this, his request encountered opposition from the then Deputy Attorney General Menahem (Meni) Mazuz, who warned of the possible implications of this move, saying:

> "Whereas Decision 640 [...] from 1984 exempted 'the expansion of the settlement's continuous territory' from a special decision, what is being requested here, without explanation, is to exempt an expansion that is not on continuous territory. Israeli governments over time have maintained their authority to decide on the establishment of new settlements because of the implications and repercussions that such a decision may have from various respects, especially when the establishment of settlements in Judea and Samaria is involved, and these things are well known. [...] The 'expansion' of a settlement <u>not on continuous territory</u> is essentially similar in many senses, in its implications, to the establishment of a new settlement, and which is liable in fact to be used to establish new settlements under the guise of "expansions." Consequently, insofar as the draft decision put forth by the Minister of the Interior is indeed aimed only at settlements inside the State of Israel (the Green Line), this should be noted explicitly in the decision; it is also appropriate, in our view, to leave the reservations regarding expansion in an area that is not continuous unchanged" (emphasis in the original). (See Appendix 17 and the letter from Mr. Mazuz on the same matter dated 10 November 1998 (21 Heshvan 5759) (Appendix 18).

In the absence of the words "expansion in continuous territory," once again there is no alternative but to allow logic and common sense to fill in the blanks. We shall clarify, already at this stage, that there is no doubt that Decision 640 did not require that the expansion be "adjacent" to an existing settlement. This is in view of the fact that not only does this term not appear in it, but that although construction of this type is not possible in some cases because of the settlement's topography, the new neighborhood becomes part of the settlement. Thus, for example, a place in which a settlement is crossed by a deep valley, no matter how wide, construction on the other side of the valley could address the requirement of "continuous territory."

We saw an example of this in a tour we conducted near Kfar Eldad, which is within the area of jurisdiction of the settlement of Nokdim, but located at a considerable distance from the mother settlement, for which the master plan was only recently authorized. And there are additional cases that have been authorized in the past years. A further example is the longtime settlement of Kfar Adumim and its neighborhoods Nofei Prat and Alon (see the remarks by Mr. Funk in the minutes from 14 March 2012, p. 6).

In view of this situation, the approach taken by the Settlement Division of the WZO, i.e. that "continuous territory" refers to a land connection located within the area of the "plot" allocated by the Custodian and the municipal jurisdiction of the mother settlement, would appear to have merit. However, this approach could have been implemented from August 1996 on only in those cases in which the original town-planning scheme authorized by the planning and zoning authorities for the mother settlement included the area designated for expansion too. Any other scenario, including the expansion in territory not included in the mother settlement's town-planning scheme, falls under Government Decision 150, which determined, inter alia, "Any new permit for planning and allocation for building on state land in the areas will be carried out only after it has been authorized by the Minister of Defense."

Moreover, even if we adopt the position of the Settlement Division on the matter of the "expansions," the greater the distance between the "expansion" and the mother settlement within the jurisdiction, the more this may in fact point to the establishment of an independent settlement. This is especially so in a place where it is discovered that the new "neighborhood" was established by a separate settlement society that maintains its own independent lifestyle, has its own secretariat and collects dues from its members, certainly when the expansion is located outside the mother settlement's area of jurisdiction.

In any case, Government Decision 175, which in March 1999 replaced Decision 640, set down a general provision. This decision exempted expansion of an existing or future settlement from the need to receive a government decision, but in regard to settlements in Judea and Samaria, without any reference to the need for land continuity or location within or outside the area of jurisdiction, it was determined that their expansion "required the authorization of the Defense Minister, with the knowledge of the Prime Minister." In other words, from that time forward, any expansion had to receive authorization from the political levels (the Defense Minister with the knowledge of the prime Minister) prior to construction. (See below on the authority of the Prime Minister and Defense Minister according to Decision 471, dated 28 October 1999, to act "in all matters related to isolated settlement/outpost sites that are not continuous to the built-up area of existing settlements in Judea and Samaria").

Despite the aforesaid, dozens of new "neighborhoods" were established without government authorization, in some cases at a considerable distance, sometimes without any continuous land connection with the mother settlement, outside the area of jurisdiction set for it. This was an extensive phenomenon that required considerable funding, and as such, we find it hard to believe that government ministers and prime ministers were unaware of it. This is because not only were

the ministries of some of those ministers directly involved, but the expansion of settlements was a subject that many parties in Israel remarked on, including the State Comptroller; on the international level, the expansion construction served as a pretext to attack the State of Israel. And if, despite all this, the Settlement Division and the Ministry of Housing continued to build those "neighborhoods," once again, it cannot but be determined that the Division's interpretation of the government decisions was consistent with the genuine desires of many members of the most senior "political levels."

43. This behavior is especially relevant on the legal level in the context of how it should have been understood by the settlers of Judea and Samaria. In our view, they were entitled to assume that the expansion of the settlement endeavor, however it was defined (whether as a "neighborhood" or "new settlement"), was something that the government desired and encouraged, with the evidence of that being the activities of the Settlement Division that were carried out (pursuant to permit agreements with the Custodian of Abandoned and Government Property) with the assistance of various government ministries. However, due to their distance from the mother settlement and the varying needs of the new settlements, it was difficult to continue over time to define some of those places as "neighborhoods," and it was on this background that the time came, at a certain stage, to define the situation as it really was. This was expressed in the large volume of correspondence we examined, which included a letter from Avigdor Lieberman, the then director-general of the PMO, dated 2 October 1997 (3 Adar I 5757) (Appendix 19) that states the following:

> "Neighborhoods have been built within the plots of existing settlements in a number of settlements in Judea and Samaria. In some places, the neighborhoods were established by separate settlement societies and due to topographical and organizational constraints, were built at some distance (from the mother settlement). This does not permit a connection between the neighborhood and the mother settlement at this stage of their lives. These sites in fact maintain a separate lifestyle, i.e. acceptance committees, membership dues, a separate secretariat, etc. I would like to authorize a separate framework for each community neighborhood that functions separately from the mother settlement, including a separate calculation of the establishment quotas for each neighborhood."

A similar letter was written by then director-general of the PMO Avigdor Yitzhaki, dated June 2002 (Sivan 5762). In it, he instructed the WZO Settlement Division to take care of the settlement sites of Haresha (Talmon), Mevo'ot Yericho (Yitav), Pnei Kedem (Meitzad), Negohot, Mitzpe Yair, Shirat Hayam and Shalev – " just as you take care of all the settlements in your area of responsibility" (Appendix 20).

A third letter is the one from Ron Schechner from when he served as Assistant to the Defense Minister for Settlement Affairs in February 2003 (Adar 5763) to the Settlement Division. As noted, in this letter, he confirmed that the settlements of Pnei Kedem, Ibei Nahal, Haresha, Neve Erez, Migron, Mitzpe Keramim and Mevo'ot Yericho:

> "Function as independent settlements in every sense and they should be treated as such in regard to every matter, including their budgeting and settlement code" (see Appendix 14).

44. The distinction between the "expansion" of a settlement by building new neighborhoods and the establishment of a new settlement is of course important. However, as we have already hinted, far more important is how the officials of the Settling Entity perceived the authority that had been given to them and how these matters were presented to the settlers of Judea and Samaria. The "Settling Entity" itself was entitled to assume that the Custodian would not have allocated it land that was not state land or about to be declared state land. And if that is the case regarding the Settlement Entity, this conclusion applies even more so to the settlers themselves.

Moreover, the settlers were entitled to assume that the Settling Entity would not have approached the implementation of planning and building of infrastructures without having previously obtained all the necessary authorizations, including from the government.

Furthermore, even if we assume in detriment to the settlers that they turned a blind eye (a theoretical hypothesis that has not been proved to us), it would not change the outcome, because we further assume that if they had bothered to ask the Settling Entity questions regarding the matter of ownership rights and the authority to expand the settlements, the latter would have responded that it was acting with full authority and permission in view of its understanding of the subject of the "allocation" of land, and that there was no need to obtain further authorization for development and expansion within the area of jurisdiction, a view which it continues to abide by to this day.

And finally, even the fact that the settlements were established before receiving authorization from the planning and zoning authorities should not have rung an alarm bell in view of the fact that this type of behavior on the part of the Settling Entity and state authorities – flawed in of itself –was typical of their actions in Judea and Samaria, as described by Osnat Kimhi, the Director of Rural Affairs in the Ministry of Construction and Housing (see the minutes from 21 March 2012 [27 Adar 5772]):

> "I was in the office when the whole 'celebration' broke out, that is the establishment of the neighborhoods and outposts. There was an oral law at that time, in the years 1990-1995, according to which neither the state – nor the Ministry of Housing and the Settlement Division –strictly enforced statutory plans, either within the boundaries of existing settlements or outside the blue line, when building new neighborhoods. [...] The practice was that it wasn't necessary to check anything from a statutory point of view, that one 'runs and climbs up the hilltops.'"

We heard similar comments from Attorney Ahaz Ben Ari, the Defense Ministry's legal advisor (see minutes from 18 April 2012 [23 Nisan 5772]):

> "In the 1980s, there was a building boom; we did not strictly enforce the planning and construction laws almost as an ideology. When the government authorized Revava, some cabins were already standing there. Strict enforcement like in Israel itself belonged to a different stage. Today too, there are numerous settlements that don't yet have master plans. When I started out as the legal advisor for Judea and Samaria, I encountered practical problems, such as requests for building additions, which the Ministry of Housing's plan on which the settlement was originally built no longer addressed. We got all the settlements involved in the preparation of master plans. There is a government decision to prevent the granting of permits. There is a policy underlying it. The question is what exactly is delayed" (emphasis added).

And on p. 7, Attorney Ben Ari, in all candor, added,

> "This is a sore point and is indicative of anarchy. Some ministers were close to the settlement endeavor and they did not strictly enforce things like that. Things were done without authorization. This fact embarrasses the government. Migron could not have been built without the help of the authorities but that doesn't mean that it's okay" (emphasis added).

And on p. 8, it says:

> "At the end of the day, it's not that we are opposed to the establishment of a settlement. After seeing the involvement, that people came and settled, it's not that it's impossible to legalize this behavior after the fact. But this is a political question – The government doesn't want or can't proclaim the establishment of new settlements. People that live there pay a price that although it is possible to take action to legalize the site, it can't be done any more."

We heard a further description of how things were carried out during that period from MK Yaakov Katz (Ketzeleh), who in the early 1990s served as Ariel Sharon's Assistant for Settlement Affairs when Sharon was Minister of Housing. MK Katz told us that in that capacity, he was deeply involved in the establishment of settlements in Judea and Samaria, which further underscores the importance of what we heard from him, part of which is presented here:

> "When the great exodus from Russia began and we managed to get a decision passed in the government that the construction would be budgetary throughout the country, including in Judea and Samaria and East Jerusalem, we built 120,000 housing units over a period of two years throughout the country, 60,000 in Judea and Samaria and East Jerusalem. [...] Arik Sharon built 120,000 housing units in two years without government permits, without planning, without anything. All we wanted was to move ahead. First, we took action on the ground and then came the permits; that's how it was in Judea and Samaria and that's how it was all over the country. [...] We worked [...] around the clock and in two years, we transported all the mobile homes that came to Israel to absorb the Russian immigrant to Judea and Samaria. [...] Going to the hilltops was at individual sites and was negligible compared to the amount that was being built in the settlements. Going to the hilltops was Sharon's approach and he reiterated it until he eventually changed his approach. [...] I want to say that all the governments were involved in the construction. [...] The people who entered the field had no doubt, that's how construction was done all over the country, that was the building mode, As far as the fence goes, that's how far the settlement reaches" (see minutes of 14 May 2012).

45. We have not lost sight of the fact that with the passage of time and considering the criticism voiced at home and abroad of the settlements in Judea and Samaria, some of people who were among the senior "political levels" have hurried to repudiate it. However, based on the data that we have collected and in view of the remarks quoted here, there can once again be no doubt that settlement was carried out in full knowledge of everyone – from the government ministries and those who headed them to the last of those on the implementation level, and denying it has but one goal – to rebuff the criticism voiced by certain parties, especially international ones. There would appear to be nothing more suitable than to cite from the report prepared by Attorney Sasson on this matter (with which we have reservations inasmuch as it assigns blame to the settlers), in order to describe the atmosphere that prevailed at that time:

> "The State of Israel funds the establishment of illegal outposts, at least partially; the Civil Administration has for years been turning a blind eye to the expansion of entire neighborhoods not adjacent to settlements, that

lack detailed plans as required by law; it does not supervise the construction there; it does not report when it is required to report on outposts, with pretexts such as definitions of what an outpost is, claiming a lack of information about the outposts, among other reasons due to the limitations on oversight that it applied to itself in the area of settlements; mobile homes often receive entry permits into Judea and Samaria from the Defense Ministry even if there is no legal planning basis for the site where they are to be positioned; the Assistant to the Defense Minister for Settlement Affairs confirms to the state authorities that unauthorized outposts are full-fledged settlements, when the Defense Minister publicly declares that they are unauthorized. Thousands of demolition orders issued over the years have not been carried out; the outposts multiplied and no orders to delineate the area were issued even for those outposts that are on the March 2001 list that the state pledged to evacuate; delineation orders that have already been issued and authorized by the High Court of Justice have not been carried out. [...]

"The outcome of all these things is that a message was sent that the seizing of land for the establishment of outposts and their establishment, despite the fact that they are not legal and that this is known to all, are positive actions, or at the very least, are not very bad. This is not an 'ordinary' offense… [...] In other words, breaking the law has become institutionalized and established. We are not talking about a criminal or group of criminals involved in breaking the law. The picture that comes to light is that of gross violation of the law <u>by government ministries, public authorities, regional councils in Judea and Samaria and settlers – all in order to create the impression that we have an orderly system here that acts in accordance with the law</u>" (emphasis in the original).

46. That conduct on the part of the government and its branches had a number of outcomes: Those very settlements/neighborhoods that were established were defined as "unauthorized"; they were unable to develop, if only to address their natural growth, or to resolve basic problems in the area of infrastructure and various services; and against their will, their residents became "construction offenders" and "trespassers" on land for which many of them had paid from their own pockets, taking bank loans authorized by the state to do so. We have decided to offer a number of examples of that same problematic behavior and its repercussions:

1. The settlement of Karnei Shomron was established in 1977 based on a government decision and its "area of jurisdiction" was defined in an "Order of the Area Commander." Some time later, the members of the settlement sought to build a new neighborhood to be called "Alonei Shilo" (named after Staff

Sergeant Shilo, who was killed in the 1997 IDF helicopter disaster). In 1999, the then Minister of Defense Moshe Arens visited the settlement, and according to the current mayor, gave his blessings to the building of the neighborhood. To remove all doubt, we are taking the trouble to make it clear that the claim regarding the minister's agreement to build the neighborhood was not pulled out of thin air, in view of the fact that this is evident from a number of documents presented to us. And thus, for example, on 14 September, 1999, Col. Blumenthal, the Director of Infrastructures in the Civil Administration, confirmed that the new neighborhood (which in the past had been called Nof Kanah) was located within Karnei Shomron's jurisdiction, and authorization was received from the Minister of Defense to move ahead with the planning and permits process.

Similar facts arise from a letter written by Colonel Blumenthal in August 2001 (Av 5761); a letter from the Assistant Regional Defense Officer for Judea and Samaria from 2003; and the minutes of meetings held in 2008 in the presence of the Assistant to the Defense Minister for Settlement Affairs. To sum up, it should be noted that everyone was of the opinion that there was nothing of a planning or legal nature to prevent the validation of the proposed master plan for the neighborhood, and if it didn't come to fruition, the reason was the Defense Minister's decision not to further the plan (Appendices 21, 22).

2. The establishment of Haresha, which was defined as a "new neighborhood" of Talmon, never received government authorization. Despite this, in July 1999, the Housing Ministry's Administration for Rural Construction authorized the sum of NIS 600,000 to build infrastructures for the neighborhood (Appendix 23). In December 2001, the same ministry authorized participation in the building of a day-care center to the tune of NIS 200,000 (Appendix 25). These were not the only sums invested in a location defined as "unauthorized," and in April 2002, for example, the Housing Ministry increased its participation in the building of infrastructures with a further sum of NIS 300,000 (Appendix 26); in December 2003, the same ministry decided to participate in the building of ten housing units to the tune of NIS 2.27 million, which was paid from its budget (Appendix 27). In time, and apparently when more people sought to move to the settlement, Amidar, the Israel National Housing Co. Ltd., signed an agreement on behalf of the State of Israel to sell Haresha 11 mobile homes (Appendix 28).

3. The settlement of Negohot (45 families, 22 permanent homes) was established in 1998 as a Nahal settlement, and later turned into a civilian settlement. Situated on state lands, its town-planning scheme was submitted for consideration, deposit and authorization quite some time ago. However,

because the settlement's area of jurisdiction had not yet been determined, consideration of the plan was not moved forward. These circumstances are puzzling in view of the fact that in June 2001, the Ministry of Housing authorized participation to the tune of NIS 4 million from its budget for the construction of ten housing units in Negohot (Appendix 29), and in August 2002, a further sum (NIS 1.6 million) was authorized for the construction of four more housing units (Appendix 30). This demonstrates that although the Ministry of Housing was using public funds to provide assistance for the establishment of the settlement, the military commander, by not authorizing Negohot's area of jurisdiction (which precludes planning procedures), turned the act of establishing the settlement into a crime.

4. In July 1977, the government of Israel decided to recognize the settlement of Ofra as a permanent settlement (see Appendix 31). In August 1979, representatives of the settlement signed an agreement with the WZO whereby their status was determined as permit holders (*"bar-reshut"*) (Appendix 32). Later (in 1981 and 1997), two further agreements were signed, this time with the Custodian of Government and Abandoned Property, in the context of which the area of the settlement was expanded to 370 dunams (Appendices 33, 34). Although those agreements were to be in effect for 49 years, the settlement's area of jurisdiction was never determined by an "Order of the Area Commander," and the consideration of the settlement's town-planning scheme, previously submitted to the planning and zoning authorities, was held up at orders from the political echelon. Despite this and although it did not have an authorized plan, the settlement expanded by building new neighborhoods (Givat Zvi and Neveh David), and although it seemingly acted unlawfully, the Administration for Rural Construction in the Ministry of Construction and Housing covered the cost of the planners' wages (Appendix 35), the overall cost of the infrastructures (Appendix 36), infrastructures for housing units, specifically (Appendices 37, 38), and earthworks to prepare additional lots for residences (Appendices 39, 40). In addition, the Ministry authorized one of the banks to give the settlement a loan in order to build housing units with the housing units themselves serving as a guarantee for the loan (Appendix 41). To complete the picture, we would add that today, 36 years after it was established, some 700 families (3,500 people) live in Ofra and despite the need to address its natural growth, this is not possible due to the absence of an authorized building plan.

A further issue related to this discussion is the principle of good faith and the claim of "estoppel" towards the authorities.

Good faith and the claim of estoppel

47. It goes without saying that an administrative authority has a greater obligation to act in good faith, and this is for two reasons: One is because it acts as a trustee of the public and the other because of the

> "…built-in inequality between the administrative authority and the citizen or public facing it. In this kind of relationship, the administrative authority enjoys real advantages: It not only possesses the knowledge, it also has the power to make decisions that impact the rights and duties of the citizen. In order to balance these salient and important advantages in the relationship between the authority and the citizen, a stronger requirement of good faith must be imposed on the authority than that imposed on the citizen" (Eliad Shraga and Roee Shahar, *Administrative Law, Grounds for Intervention*s, p. 178; and see *HCJ 840/79 The Association of Contractors and Builders in Israel v. the Government of Israel*, IsrSC 34 (3), 729).

Regarding the matter at hand, the settlers in the settlements under dispute were entitled to assume that the government was acting lawfully in their case, and consequently, the claim heard from the government – that the settlements were established unlawfully notwithstanding the fact that it itself encouraged their construction, on the one hand, and "froze" the planning procedures, on the other – is behavior that is tainted by a lack of good faith of the worst kind.

Moreover, that same behavior on the part of the government through its various branches (the Settlement Division of the WZO, the Housing Ministry, the Defense Ministry and others) prevents it by virtue of "estoppel" from claiming that it was unlawful for the settlers to hold onto the land. Especially fitting to these circumstances are the remarks made by Supreme Court Justice E. Rubinstein in his ruling in *CivA 7275/10 Special Announcement according to the Law Implementing the Disengagement Plan 5765-2005 v. Amiram Shaket et al.* (unpublished) (see paragraph 24):

> "The principle of estoppel applies in a situation in which a party created a pretense for another party, and the other party relied on it and was caused damage. In such circumstances, the reliance precludes the one that created the pretense from denying its content (Daphne Barak-Erez, *Administrative Law*, Vol. I 2010); *CivA 4928/92 Ezra v. Tel Mond Local Council*, IsrSC 47(5) 94, 100 [1993]). However, the application of estoppel against administrative authorities causes special difficulties because of the fear that estopping the authorities would allow them to violate the norms of administrative law, which are of a cogent nature and are not subject to

stipulation. This was noted by (then) Judge Yitzhak Cohen in *CivA 831/76 Levi v. Income Tax Assessor*, Haifa IsrSC 32 (1), 421, 434-435 [1977]): 'The main argument against accepting the claim of estoppel is that accepting it could destroy the principle that an action of the authority that goes beyond its jurisdiction has no validity, or to enable an authority to extend its jurisdiction beyond what has been permitted to it by law.' However, Judge Cohen further emphasized: 'On the other hand, it is difficult to accept a situation in which a citizen who relies in good faith on the promise of an authority should be harmed without any possibility of receiving relief from the court.' The difficulties that are caused by the application of the estoppel principle in administrative law do not then necessarily lead to the conclusion that the claim of estoppel made by an individual against an administrative authority should be dismissed out of hand; there are, however, claims that bear considerable weight that support the application of this principle in administrative law as well. Indeed, the perception of justice that underlies the general law of estoppel is befitting situations in which an individual relies, reasonably and in good faith – and I emphasize in good faith – on the promise of an administrative authority and is subsequently injured or damaged) (*CivA 6996/97 Abada Ltd. v. Development Authority – Israel Lands Administration*, IsrSC 53(4) 117 [1999]) (hereinafter: the matter of Abada); Eliad Shraga and Roee Shahar, *Administrative Law*, Vol. 3, 332-335 (2008) (hereinafter: *Administrative Law*). The source of the claim of estoppel against an administrative authority is the principle of good faith, because the aim of both principles – estoppel and good faith – is to prevent inequitable behavior. It goes without saying that if the false representation by the administrative authority was done as part of a conspiracy and was aimed at creating a false impression, and if the party that "relied" on it was aware of this, there is no room for estoppel; this, however, is not the case here."

An administrative promise – and its breach

48. That same behavior on the part of the government by means of its branches also falls under the category of an "administrative promise" given to the settlers. As noted, the settlers were entitled to assume that the government was acting lawfully and was not contravening its own decisions on the issue of settlement in Judea and Samaria. They were further entitled to assume that the government was settling them on land that it owned, and that it would later legalize the status of the settlement on the planning level. Moreover, there is no doubt that a promise in this spirit was given by those who had the authority to do so, based on the intention to give it legal

validation, and that the promisors (the government of Israel by means of its various branches) were capable of fulfilling it.

A further question is whether the government had grounds to renege on that promise, and the answer that it did not appears self-evident. *First*, the terms of reference of this committee demonstrate that not only does the serving government not wish to default on the promises given to the settlers by its predecessors, but that it is seeking a way to help give those promises legal backing. The same conclusion must be drawn from remarks made by Prime Minister Benjamin Netanyahu at a cabinet session held on 4 April 2012 (12 Nissan 5772):

> "The principle that guides me is to strengthen Jewish settlement in Judea and Samaria. [...] We are strengthening Jewish settlement in Judea and Samaria and are strengthening the Jewish settlement of Hebron, the City of the Patriarchs. But there is one principle we uphold – we do all this while obeying the law, which we will continue to do" (see the website of the PMO, Cabinet Secretariat).

Second, upon examining the actual decision itself, we did not find any grounds that would permit the government to renege on its promise. As noted, from the perspective of international law, there is nothing to prevent Jewish settlement in Judea and Samaria and the fate of that settlement will be determined in the future in the framework of diplomatic negotiations; even if no government decisions preceded the establishment of the new "neighborhoods" or "settlements," once again, there can be no doubt that they were established with the full knowledge of the government and with its tacit consent, which was accompanied by considerable financial investments coming from the public coffers; and finally, the absence of a building permit from the planning and zoning authorities was the result of a decision by the political level to freeze the procedures, despite the fact that those same authorities had the appropriate tools at their disposal to consider and decide on the many plans that lay untouched on their desks for so many years.

49. In view of the aforesaid, the government ought to elucidate its policy on the matter of Israeli settlement in Judea and Samaria with a view to preventing future mistaken or "creative" interpretations of its decisions.

We propose that its decision include the following principles:

1. **Any new settlement in Judea and Samaria will be established only following a decision by the government or by a duly empowered ministerial committee.**

2. **Construction within the bounds of an existing or future settlement will not require government or ministerial decision, but such construction must be approved by the planning and zoning authorities after they have ascertained that the proposed construction is not contrary to the approved town/area plan applicable to the land in question.**

3. **Extension of an existing or future settlement beyond the area of its jurisdiction or beyond the area set out in the existing town-planning scheme will require a decision by the Minister of Defense with the knowledge of the Prime Minister or the Ministerial Committee for Settlement prior to any of the following stages: commencement of planning and actual commencement of construction.**

With regard to settlements established in Judea and Samaria on state lands or on land purchased by Israelis, with the assistance of official authorities, e.g. the WZO Settlement Division and the Housing Ministry, and which have been defined as "unauthorized" or "illegal" due to the fact that their establishment was not preceded by a formal government decision – our conclusion is that the establishment of such settlements was carried out with the knowledge, encouragement and tacit agreement of the most senior political level – government ministers and the Prime Minister, and consequently such conduct is to be seen as implied agreement. Hence, in our view, the status of these settlements can be legalized without requiring a further decision by the government or any of its ministers. The way we propose that this be done is then as follows:

1. **The area of municipal jurisdiction of each settlement, if not yet determined, must be determined by order, taking into due consideration future natural growth.**

2. **The administrative barriers imposed on the planning and zoning authorities must be removed immediately, so that they may fulfill their function of examining plans that have been submitted to them by each settlement (on the matter of legalizing construction after the fact, see *HCJ 419/88 Fa'iz Moussa et al. v. Higher Planning Council* – unpublished) without delay and without any further need for additional approval by the political level.**

3. **Pending completion of those proceedings and examination of the possibility of granting valid building permits, the state is advised to refrain from carrying out demolition orders, since it brought about the present situation through its own actions.**

4. **With a view to avoiding doubt, it is stressed that all the settlements, including those approved pursuant to this proposed framework, may in the future extend their boundaries in order to address their needs, including natural growth, without the need for additional government or ministerial decision, as long as the proposed extension is located within the jurisdiction of the settlement, within its bounds as set out in the approved town-planning scheme, and has received due approval from the planning and zoning authorities.**

5. **Settlements established wholly or partially on land that is subject to examination as to whether it is public or private land ("*seker*"), are to be considered settlements whose legal status is pending. Most of these were established years ago, and it is thus necessary to accelerate the slow examination process ("*seker*"), in all areas of Judea and Samaria, and to complete it within a fixed time period, and to this end, even consider, utilizing assistance from external entities. Upon completion, the processing of each settlement will continue according to the results of the land examination ("seker") and determination of the type of land, in accordance with the framework proposed by us.**

Property Rights – Construction on private land

50. The state acted properly when it stated, when presenting its position before the High Court of Justice, that it does not intend to legalize Jewish settlements built on private Palestinian land. The right of a person to his property is grounded in international law, and thus, for example, Paragraph 17 of the Universal Declaration of Human Rights[16] from 1948 determines:

> "Everyone has the right to own property alone as well as in association with others,"

and also:

> "No one shall be arbitrarily deprived of his property."

The European Convention on Human Rights includes a provision in this spirit too:

> "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the

[16] http://www.un.org/en/documents/udhr

public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law."[17]

A series of doctrines handed down by the Supreme Court, even before the legislation of the Basic Laws, recognized the right to property as a basic right in our legal system (*CivA 377/79 Peitzer v. The Local Planning and Construction Committee*, IsrSC 35(3) 645, 656; *HCJ 67/79 Shmuelzon v. The State of Israel*, IsrSC 34(1) 281, 285; *HCJ 307/82 Lubianiker v. The Minister of Finance*, IsrSC 37(2) 141, 147).

In wake of the legislation of the Basic Laws, a fundamental change occurred in the legal status of property rights in Israeli law. Section 3 of Basic Law: Human Dignity and Liberty states:

> "There shall be no violation of a person's property."

Accepted wisdom has it that this Basic Law moved property rights up the steps of the pyramid of legal norms, all the way to the top, making them not only a basic right, but also a constitutional one (*HCJ 2390/96 Kerasik v. State of Israel*, IsrSC 55[2] 625, 698).

That property rights are a basic constitutional right is doubly important: First, a Basic Law gives the court the authority to cancel new legislation if it is inconsistent with the provisions of the Basic Laws (the Bank Mizrahi case; the case of the Investments Managers Bureau; *HCJ 6055/95 Tzemach v. Minister of Defense*, IsrSC 53[5], 241). Second, the legal status of property rights requires us to interpret legislation passed by the legislature even before the passage of the Basic Law so as to make it consistent with the new normative reality created upon its passage (*CivA 3901/96 The Ra'anana Local Planning and Construction Committee v. Horowitz*, IsrSC 56[4] 913, 922), and as the then Deputy President of the Supreme Court Aharon Barak put it:

> "What are the interpretive ramifications of Basic Law: Human Dignity and Liberty for the old law? I feel that we can point – without fully exhausting the scope of its impact – to two important ramifications of the Basic Law: First, in determining the legislative purpose underlying the (old) legislation, new and enhanced weight should be given to the basic rights as determined in the Basic Law. Second, in exercising governmental discretion, as established in the old law, new and enhanced weight should be given to the constitutional nature of the human rights anchored in the Basic Law. These two ramifications are interrelated and intertwined. They are two sides of the following concept: Upon the legislation of Basic Laws

[17] http://www.hri.org/docs/ECHR50.html

> regarding human rights, new reciprocal relations have been created between the individual and other individuals, and between the individual and the public. A new balance has come into being between the individual and the government" (*Miscellaneous Criminal Motions 537/95, Ghanimat v. State of Israel*, 49(3) 355, 412).

Justice M. Heshin added in *Further Criminal Hearing 2316/95 Ghanimat v. State of Israel*, IsrSC 49(3) 589, 643):

> "We will add that which is self-evident, that it is proper that a Basic Law give us interpretive inspiration. The legislator planted a rose bed in the garden of law and we can inhale the roses' fragrance. We will interpret past laws as the Basic Law inspires us. However, we will always continue to travel in the same circles set by the previous law."

In a long series of rulings, the Supreme Court insisted that legislation should be interpreted so as to minimize the harm caused to the right to property. In this spirit, in her discussion of the relationship between the Land Ordinance and Basic Law: Human Dignity and Liberty, Justice D. Dorner wrote:

> "Indeed, the Land Ordinance preceded the Basic Law, and consequently, our provisions contain nothing to affect its validity (Section 10 of the Basic Law). At the same time, Section 11 of the Basic Law applies to how it is interpreted and to the exercise of discretion by virtue of it. According to this section of the law, all governmental authorities – including the court – are bound to respect the rights under this Basic Law, as far as is consistent with the relevant legislation based upon which they act. The court must fulfill this duty by strictly interpreting the provisions of the law that permit the impingement of property rights, giving expression to one's right to property as a constitutional, super-legal right. This status mandates a new balance between the public interest and the basic right. From this mandate, which is derived from Section 11 of the Basic Law, it also emerges that we must revisit and reexamine whether the existing rulings, which relate to legislation whose validity is preserved, are consistent with the provisions of the Basic Law" (*HCJFH 4466/94 Nuseibeh v. Minister of Finance [1995]*, IsrSC 49(4) 68, 85).

Similar remarks were made by Justice Y. Zamir in *CivA 1188/92 Local Planning and Construction Committee Jerusalem v. Bareli*, IsrSC 49(1) 463, 483:

> "Indeed, the Basic Law does not undermine the validity of a law that existed on the eve of the application of the Basic Law (Section 10), including the Planning and Construction Law. However, it could definitely

> impact the super-interpretation of the law. The interpretation, today more so than in the past, must work towards keeping the infringement of the right to property to a minimum."

And indeed, numerous areas of law were impacted by the new status enjoyed by the right to property, including the laws involving the expropriation of land, in which it was determined that the authority to expropriate must be interpreted so as to strengthen the protection of the right to property (Kerasik case, pp. 698-699); the Planning and Construction Laws (*HCJ 7250/97 Soulimani vs. The Minister of Interior*, IsrSC 54(3) 783; and even matters related to criminal legal procedure, such as the confiscation of property (*Miscellaneous Criminal Motions 3159/00 Rabin v. State of Israel* [unpublished]). Thus, we can see that the elevation of the right to property within the normative hierarchy filtered down into numerous and sundry fields of law and impacted both the way in which one should approach the interpretation of legislation and the normative point of departure insofar as these things relate to the balance between property rights and other interests.

51. Nevertheless, it is of course understood that a person's right to his property is not an absolute right, but is rather a relative one, and consequently, it is subject to harm, subject to the qualifications as noted in Section 8 of the Basic Law ("There shall be no violation of rights under this Basic Law except by a law befitting the values of the State of Israel, enacted for a proper purpose, and to an extent no greater than is required"). And thus, for example, it was determined in an order regarding government property (Judea and Samaria) (No. 59) 1976-5727, that:

> "Any transaction made between the Custodian and any other person in respect of property that the Custodian thought at the time of the transaction to be state property shall not be invalidated and shall remain in force even if it is proved that the asset was not state property at the time" (Section 5).

And Section 10(A) states:

> "Any transaction made in good faith between the Custodian and another person in respect of property that the Custodian considered at the time of the transaction to be vested property shall not be invalidated and shall remain in force even if it is proved that the property was not vested property at the time."

Section 3 of Amended Jordanian Act Concerning Real Estate No. 51/1958 states:

> "All sales which are generally carried out by means of a document and that are carried out in *miri* or *mulk* lands situated in areas in which no arrangement has been declared, or that were removed from the area of the

> arrangement, will be considered as being valid if the land was in the possession of the buyer for a duration of 10 years for *miri* lands and 15 years for *mulk* land."

A similar type of provision of law exists in the Ottomon Land Code regarding someone who is in possession and makes use of someone else's land. Section 20 of the law creates a deliberative barrier for someone who adversely possessed land for ten years that prevents a plaintiff, the registered owner, from demanding that it be evacuated. This is the case under two conditions: The defendant must prove that his possession does not arise from the right of the owners but rather that it is adverse to it; and the possession must come from the possessor's claim of ownership, even if he does not have the burden of proving how it came into his possession. Only if the possessor admits that his possession is not by virtue of ownership must he restore it to its registered owners, in which case the protection of Section 20 does not protect him.

The rationale behind this claim is that of obsolescence, and it has its source in what appears to be a waiver or relinquishment of property rights. From this it follows that if the registered owner did not know about the invasion of his land, waiver or relinquishment should not be concluded from his behavior. This matter should be given added emphasis when state lands, the situation of which the state is not held to be aware of over the years, are involved. Article 78 of the Ottoman Land Code states that:

> "A person who possessed *miri* or *muqafa* land and cultivated it for ten consecutive years without dispute, has a prescriptive right to the land. Whether he had a title deed or not – the land is not considered abandoned and he is given a title deed free of charge. If the possessor admits that the land was abandoned (*mahlul*) and he held it without permission – the period of time is not calculated and he is offered the land upon payment of its deed value; and if he does not so desire, the land will be sold at public auction."

52. Provisions of law of the same type were also included in Israel's Land Law 5729-1969. Section 10 states that anyone who has acquired regulated real estate for payment and relied in good faith on the registration, his right to the property is valid even if the registration was not proper. Article 23 deals with the right of someone who builds on someone else's property:

> "Where fixtures have been installed on unsettled immovable property, the person who installed them may acquire the immovable property at a price equal to the value thereof without the fixtures at the time of the payment of the price, if: (1) at the time of the fixtures he believed in good faith that

> he was the owner of the immovable property; and (2) the amount invested by him in the fixtures exceeded, at the time of their installation, the value of the property without the fixtures at that time; and (3) the acquisition by him of the immovable property is not likely to cause the owner of the immovable property serious damage which cannot be made good by payment of its value."

53. We can see that despite the special status of the right to property, not everyone that that has possession of another person's property is automatically evicted and has everything he built demolished, in view of the fact that he has worthy defense claims; he may also have the right to register himself as the owner of the land. A further possibility is when a new reality is created, in which the long-term possession of the land and massive construction on the disputed land are combined, creating an outcome in which evacuation is not feasible. The state's representatives were aware of this latter point in *Civil Case 8787/07 of the Jerusalem Magistrate's Court, Har Vagai Company Ltd. v. Custodian of Government and Abandoned Property in Judea and Samaria et al.*, in which the argument against removal was as follows:

> "…For over ten years, use has been made of the land that the Plaintiff ostensibly had ownership rights in, when during this period, dozens of housing units were built on this land, currently representing the center of life of dozens of families. [...] It is clear that the relief of removal is not feasible. [...] Given the character of the claim and the identity of the Plaintiff, the principal relief in this case is payment of a usage fee and compensation" (Appendix 42).

Land registration as a factor in land disputes

54. Most land disputes in Judea and Samaria are the result of the fact that there is no orderly and accessible registration of rights in real estate assets. Moreover, the public is not allowed to see some of the existing registry documents – the Bills Registry, the Rights Registry, the Permits Registry, the registry managed by the Custodian of Government and Abandoned Property, the registry managed by the Settlement Division – with the claim, as it was articulated before us, of fear of possible fraud.

We are not convinced of the compelling nature of this argument; on the contrary, preventing the public from perusing the registries is a sure recipe for fraud, inasmuch as those interested in purchasing land will have difficulty finding out if the seller of the land is indeed the owner, or if the land has liens on it. Seemingly, these obstacles could be removed if the Civil Administration completed the land-survey process ("*seker*") that was begun during the period of the Jordanian rule. However, to the

extent that it was argued before us that there is a difficulty in doing this, it would appear that the minimum that can be done is to give the public the right to peruse those registries.

Furthermore, with an eye to promoting stability and preventing uncertainty, we believe that the residents of Judea and Samaria, Palestinians and Israelis alike, should be encouraged to register their rights in the land within a fixed period of time (four or five years seems a reasonable period), at the end of which time, anyone who has not carried out the registration will lose whatever rights he may have had.

In addition, and at the same time, we recommend doing whatever is needed to step up the processes required to carry out "Primary Registration," which has been going on today for many months, even years (see judge's remarks in *HCJ 1299/11 Zurim 2000 v. Head of the Civil Administration for Judea and Samaria*, unpublished). On this matter, we note that an Israeli who wishes to purchase land in Judea and Samaria is forced to wait not only until the completion of the laborious "Primary Registration" process, but also to overcome numerous other hurdles, including the requirement to receive a "transaction permit" from the Head of the Civil Administration. This requirement appears to have its source in the desire to prevent the purchase of land for settlement in those places that might involve a political or security difficulty.

However, the point of departure for our position is, as noted, that Jews have the legal right to settle in all of Judea and Samaria, and at the very least, in those areas under the control of Israel by virtue of agreements with the Palestinian Authority. In these circumstances, it would appear to us that the requirement that every land-purchase transaction be carried out only after receiving permission from the head of the Civil Administration or a committee duly empowered by him for that purpose is superfluous and unduly onerous. This is because its goal – the oversight of Israeli settlement in Judea and Samaria – can be attained in any case by means of the requirement that the building of a settlement in that area can only be carried out following a decision by the political level, which is also authorized to oversee the advancement of planning procedures.

The purchase of lands in Judea and Samaria by Israelis

55. A further comment on the same subject relates to the fact that Israelis are not allowed to acquire land themselves in Judea and Samaria, but are forced to do so through a corporation registered in the same area (see the [Jordanian] law on the

matter of renting and selling real estate to foreigners, No. 40, from 1953, and the Military Commander's Order 419 from 1979). The Jordanian law states that only a citizen or resident of the Hashemite Kingdom may purchase land in Judea and Samaria. This prohibition does not apply to Palestinians living in Judea and Samaria, and as such, not only does it violate a recognized basic right in our legal system, but is also tainted with *turpis causa* discrimination. For these reasons, it is our view that the existence of this prohibition is unacceptable; this is also the case because it runs counter to the basic position that Jews have the right to settle in all parts of Judea and Samaria. Accordingly, we propose that action be taken to cancel this prohibition by means of appropriate security legislation.

Deciding in land disputes

56. In civilized legal systems, land disputes are usually adjudicated by the courts. In Judea and Samaria, however, the situation is different. Based on the considerable documentation and testimonies presented to us, it is our impression that the point of departure of the enforcement entities in the Civil Administration is that there is a tendency on the part of Israeli settlers to trespass on their Palestinian neighbor's property, and consequently, the settlers must prove that they possess the land lawfully, and if not – they must be evicted (on this matter, see the article by Ronit-Levine Schnur, "Disputes Over Private Land in the West Bank and the Land Registration Problem"). If that same proof were presented to a judicial body in order to contend with a rival claim put forth by someone else claiming ownership, that would be one thing. However, in recent years, Israeli setters have been required to produce evidence proving their lawful possession before an administrative authority (the head of the Civil Administration or whomever he duly empowered for that purpose), who decides on questions of land ownership and takes action involving the discontinuation of possession further to that decision.

No less serious is the fact that the parties are not subject to the same criteria where the quality of the proof of possession of the land is involved. On this matter, let us look at comments made by the current head of the Civil Administration Col. Moti Almoz when he appeared before us (see the minutes of 30 May 2012 – Sivan 5772 meeting), as follows:

> **"The current situation is biased in favor of the Palestinian, since the procedure is that the Palestinian may present any proof at all, but if the Israeli cannot show a piece of paper (i.e. a contract), he's off the property. The default is that the Palestinian side has the advantage. The Palestinian only needs to show an initial piece of evidence, a**

> **receipt of some kind – payment of taxes on a distant parcel of land, etc.… The big question is whether the Jewish individual can produce a contract; if he can't, he's off the land. The Palestinian can bring me a receipt, which is considered an initial piece of evidence, and the legal advisor for the area of Judea and Samaria will say that it's sufficient."**

In addition to the fact that this points to inequality before the entity that decides in land disputes, it turns out that although the legal authority has been given to the Head of the Civil Administration, in fact, the decision on issues related to land rights are not made by him, but rather by the legal advisors (who are not subordinate to him in the chain of command), and in his words:

> **"The situation is that in land disputes in Judea and Samaria, I am required by the legal advisors to adopt the point of view of the legal experts, even in those cases in which it is very difficult to decide and I feel uncomfortable with their decision, and have doubts after having personally examined the facts on the ground."**

An example of this same biased approach is the use made of the "Order Concerning Disruptive Use of Private Land" (Order 1586), in which "private land" is defined as "land that is not state land." "Disruptive use" is defined as seizing possession of land, positioning movables, fences, planting trees, cultivating, disrupting cultivation, digging and baring the land, and the shepherding of animals. Pursuant to this order, the Head of the Civil Administration may take action even without a claim of ownership by a local resident, as long as he has a reasonable suspicion that disruptive use is being made of the land, or as it says in the order:

> "If use has been made of private land and the Custodian has a reasonable suspicion that this involves disruptive use of private land, the Custodian may demand that that an affidavit supported by documentation be submitted within 15 days from the time that the demand was submitted, which details why it should not be viewed as disruptive use of private land…" (see Section 2).

The original order determined that the Head of the Civil Administration would not be entitled to use his authority according to the order if three years had passed since the beginning of the disruptive use. However, an amendment introduced in March 2010 (Nissan 5770) changed that period to five years. Moreover, the boundaries of the order were expanded considerably when it was determined that the countdown of the period of the "obsolescence" as determined in the original Section 2(v) of the order would be restarted whenever any real change was made in the use of the land,

if there was an expansion of the area of the use or if there was a transition from a one-time use to continued use. Indeed, the order states (see Section 2[iv] that the settler against whom the procedures have been carried out may present his reservations with the decision of the Head of the Civil Administration before an appeals committee. However, the decision of the appeals decision is merely a recommendation that the head of the Civil Administration may adopt or reject (see Section 28[i] of the Order Concerning Appeals Committees Judea and Samaria [No. 172] 5728-1967).

57. As we see it, this is a draconian order and a civilized legal system cannot accept its existence, even if the explanation given for it is the need to maintain public order. First, because the expression "disruptive use" is in of itself problematic, because it is unclear, for example, how the farming of unclaimed land that is not state land (in any case, there is no plaintiff in the matter) arouses fear of disruption of public order. And this is the place to emphasize that what is involved here is long-term possession of the land – and in this matter, there is no difference between regulated land and land that has not undergone regulation procedures – and one cannot but wonder why that person did not take the trouble to make use of the available procedures to remove a new invasion.

This gives the impression that the conceivers of this order had a certain goal in mind – to prevent Israeli settlement in Judea and Samaria from expanding. It would appear that the cat was let out of the bag when the order was amended in April 2010 (Nissan 5770), when the authority to demand the eviction of the person in possession the land was expanded to a period of up to five years. If to that is added the excessively broad definition of the phrase "disruptive use" and the varied possibilities as stated in Section 2(5) regarding the renewed countdown of the period of the obsolescence, once again, there can be no doubt that the aim of the order was to almost entirely prevent any possibility that Israeli settlers could raise any claims of defense in the category of obsolescence arising from long-term possession and cultivation in land disputes in that area, and *a fortiori*, any claim of "Acquisition through Possession."

Second, land disputes are a matter for private law and the authorities should not intervene in them, especially when the basic assumption guiding their actions is that a person using the land is doing so unlawfully unless proved otherwise. In these circumstances, we feel that land disputes should be adjudicated by a judicial authority rather than an administrative one, certainly not one that is seen to have a view that is biased against the Israeli settler. A decision in disputes of this kind requires the hearing of evidence and the clarification of matters of fact and law, and the most appropriate forum to do so is before professional judges who specialize in this field. This conclusion must be drawn in view of the fact that the local resident

that claims ownership of the land, to the extent that he exists, could have asked the authorities to carry out "Primary Registration" (see the [Jordanian] law No. 6 from 1964, The Registration of Previously Unregistered Real Estate Law; as well as the Order Concerning Amendment to the Registration of Previously Unregistered Real Estate Law [Judea and Samaria] [No. 448], 5732-1971). Alternatively, he had the option of appealing to the court in order to declare his rights in the land and order the eviction of trespassers. As a further alternative, he had the right to appeal to the authorities and ask for their help in evicting the trespasser pursuant to the Order Concerning Land (Removal of Trespassers) (Judea and Samaria) (No. 1472) 5760-1999. The fact that that resident did not take any of these steps could have a number of explanations; however, it is difficult escape the suspicion that there is no substance to his claim of rights to the land, and consequently such a claim should not be handled by an administrative authority, but rather heard by a judicial authority.

A further example of decisions in land disputes not made by a judicial authority is the procedure that went into effect just a few months ago. This procedure is called "**Procedure to Deal with Land Disputes Involving Private Land**.**"** It was written by the legal advisor to the Civil Administration in Judea and Samaria and authorizes he himself or his representative to decide on the matter of possession rights concerning land in dispute. His authority according to this procedure includes barring entry into land, and the exercise of further authorities that exist in the security legislation and are detailed in the Procedure. This can be done without any discussion, based only on the claims and documents submitted to him – if they are submitted; and if they are not – based only on the initial report he received from the relevant infrastructure officer (see Appendix 43). It should be emphasized that this procedure does not determine, unlike the case of the "Order Concerning Disruptive Use of Private Land," a mechanism to appeal these decisions of the legal advisor.

It is important to note that decisions of this kind have far-reaching practical and legal repercussions and could harm or even contravene legitimate legal claims that should be adjudicated by a judicial body.

58. The need for early judicial rulings in land disputes in Judea and Samaria also arises in another context – procedures held before the High Court of Justice. Here too, we will reiterate that what is involved is an issue that essentially belongs to the field of private law that should be adjudicated before a judicial authority; in fact, however, it is decided by an administrative authority. This refers to the fact that the issue of property rights is often argued by Palestinian petitioners living in Judea and Samaria who petition the High Court of Justice to instruct the security forces to fulfill their duty and remove construction or plants done in the land to which they claim ownership. In the absence of instruments to clarify questions of fact, the court mostly bases itself on declarations made by the state based on examinations

conducted by military entities acting in the same area (and this is what was done, for example, in the case of the construction at Ulpana Hill in Beit El, despite the claim that the land was purchased from its owner).

We believe that it is not enough to make do with an examination of this kind, in view of the fact, and as we have already stated, even if private ownership is proved for land upon which a Jewish settlement was built, possible defense claims by the possessor and other solutions preferable to eviction and demolition should be considered, for example: the payment of compensation to the owners, especially when the settlers at that site were acting in good faith.

A solution of this kind was acted upon by the European Court of Human Rights in its ruling from 1 March 2010 concerning the land dispute of Demopoulos and Others v. Turkey[18] in Cyprus. This is especially important in view of the existence of statutory instructions aimed at addressing similar circumstances. The Mecelle deals with one of them (compare to Section 23 of the Land Law 5729-1969), and discusses construction and planting in *mulk* land belonging to someone else as a result of "robbery." In such a case, the robber must remove the buildings and plants. However, in a place where this could involve damage to the land, the owner may keep the buildings and plants and pay their value to the "robber." A special law was enacted for someone who acted in good faith (based on "an imagined assumed right,") and when the value of the buildings and plants exceeds the value of the land. In such a case, the "builder" or "planter" is allowed to pay the owner for the land and become its owner.

As for *miri* land, Section 10 of the Jordanian Holding and Use (*Tasruf*) of Real Estate Assets No. 49 of 1953. states as follows:

> "If a person constructed buildings or planted trees on *miri* or *muqafa* land held by deed, and afterwards, the person who owns the title to that land appears and proves his claim, they shall act as follows: If the value of the buildings or trees, if such exist, exceeds the value of the land, that person shall pay the value of the land to the person with the title and will be allowed to possess the land with the buildings or trees; if the value of the land exceeds the value of the buildings and trees, if such exist, the person with the title shall pay the owner of the buildings and trees their value and will be their owner."

What this means is that not only should the question of the existence of another person in the land be clarified in a civil procedure before a procedural body, but that it is not entirely clear that the buildings must be demolished in any case, inasmuch in

[18] http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97649#{"itemid":["001-97649"]}

certain circumstances, the owner can be required to pay its value to the person that built them; and in other cases, the latter has the right to purchase the land for himself after the question of the value has been clarified.

59. A further scenario that arises from that same context has its source in the fact that in the declarations made in the past regarding "state lands," some errors were apparently made. As a result, settlements were established on land that was lawfully allocated by the Custodian of Government and Abandoned Property until after some years had passed, and it was discovered that the land was in fact privately owned. **In these circumstances, and insofar as what is involved are settlers who acted in good faith and who changed their situation in light of what was presented to them by the authorities, it would appear, on the face of things, that relief in the form of eviction is not practicable, and that another solution should be sought, for example, the payment of compensation or the offer of alternative land (**on this matter, let us revisit the position of the State in *Civil Case 8787/07 Jerusalem Magistrate's Court, Har Vagai Company Ltd. v. Custodian of Government and Abandoned Property in Judea and Samaria et al.* It argued the demand for removal as follows:

> "…For over ten years, use has been made of the land, in which the Plaintiff ostensibly has ownership rights, when during that period, dozens of housing units were built on this land, currently representing the center of life of dozens of families. [...] It is clear that relief in the form of eviction is not feasible. [...] Given the character of the claim and the identity of the Plaintiff, the principal relief in this case is payment of a usage fee and compensation."

This scenario and its circumstances should be adjudicated before a court of law and judges who are experts in this area, rather than before an administrative authority whose ostensible working assumption is that the Jewish settlers unlawfully possess land, unless proved otherwise.

60. Let us go back and note once again the reason why the Sasson Report condemned the "unauthorized" settlements in Judea and Samaria, i.e. that they were established without a government decision and without the authorization of the planning and zoning authorities. We have explained our position in regard to the need for a government decision in great detail, and our conclusion is that the settlements were established with the knowledge, encouragement and agreement of the highest political level – government ministers and prime ministers – and consequently, we determined that this behavior should be viewed as implied consent. As for the fact that these settlements were established without the authorization of the planning and zoning authorities, here too our conclusion is that this was the result of an approach that was acceptable to the Ministry of Housing and the WZO

Settlement Division (and apparently not just them!), whereby building permits were a matter that could be dealt with subsequent to the actual construction of the settlements. However, even when plans were ultimately prepared and submitted to the planning and zoning authorities, the political level decided not to promote their consideration by these authorities. In these circumstances, in which the blame for the “unlawfulness” in the establishment of the settlements without permits lies within the government itself, we find it difficult to see how it can claim in all innocence that it was the settlers that acted unlawfully, and that the response to this should be to demolish everything that was built without a permit.

61. In these circumstances, all that is left is to decide in a dispute, in those places where one exists. It is our view that it would be appropriate to adopt a policy whereby prior to any determination by the state regarding petitions for eviction or demolition, a thorough examination of the conflicting claims be conducted by a judicial tribunal dealing with land issues. This is all the more necessary in cases in which there is a claim of prior purchase or obsolescence, or where the possessor acted in good faith. Pending such a determination, it is our view that the parties acting on behalf of the state should refrain from taking any position in land conflicts and from taking irreversible measures, such as eviction and demolition.

To that end and with an eye to facilitating the accessibility of the local residents to the courts, it is hereby proposed that courts to judge land disputes in Judea and Samaria be established. Alternatively, it is proposed to expand the authority of the judges of the District Court to adjudicate matters in their area of essential authority and that relate to land disputes in Judea and Samaria, to this area.

With regard to the "Order Concerning the Disruptive Use of Private Land" – it is our view that this order must be canceled. In the event that it is decided to keep it in force, we proposed that it be amended such that any decision by the Appeals Committee will not be recommendatory, but will be binding upon the Head of the Civil Administration to act pursuant to such decision. The Head of the Civil Administration and other interested parties may appeal the decisions of the Appeals Committee before a Court for Administrative Affairs, whose decision will be final. We propose that this arrangement be applied to other decisions of the Appeals Committee, including questions of “Primary Registration” of land in Judea and Samaria.

A further matter we propose is to change the composition of the appeals committee, which currently consists of jurists, uniformed reserve officers, who are, of necessity, perceived, at the least, to be subordinate to, if not under the

command of the Head of the Civil Administration or the Military Advocate General, the supreme authority in the area of legal counsel for the head of the Civil Administration. We believe that this situation is not proper and therefore recommend that the Appeals Committee be composed of non-uniformed jurists, a factor that could contribute to the general perception of the Appeals Committee as an independent body acting according to its own discretion, in the eyes of the Palestinian population too.

We are also of the position that the current procedure for dealing with disputes involving private land should be done away with. Any disputes in this area that arise, should they arise, should be adjudicated and decided before a judicial body.

Access roads to the settlements

Some of the representatives of the Jewish settlements that appeared before us complained of the absence of proper access roads to their settlements, insofar as that those roads or part thereof would pass through private Palestinian land. This situation led to a further outcome, and this refers to the claim by the planning entities that in the absence of a proposal for access roads that do not pass through private land, they have no way to advance the consideration of the plans for those settlements, despite the fact that they were established within the plot of the mother settlement, with the full knowledge and funding, at least in part, of the state. While the Jewish settlers in Judea and Samaria have not been defined as "protected settlers," as we have made clear, their living in the area arises from their basic right to settle in that territory, a right that withstands, as explained above, the test of international law too. This is the basis for our view that the military commander of the area has the duty to protect the security of the settlers, as this found expression in the words of Justice Vogelman in *HCJ 2150/07 Ali Hussein Mahmoud Abu Safiya et al. v. Minister of Defense et al.*, (Paragraph 21), as follows:

> "The military commander's duty to protect the lives and the security of Israelis who reside within an area under belligerent occupation derives not only from his duty pursuant to Article 43 of the Hague Regulations, but also, as stated above, from internal Israeli law. As was ruled (in a case relating to the legality of the construction of a section of the security fence): 'The authority of the military commander to construct a separation fence includes the authority to construct a fence in order to protect the lives and the security of Israelis who reside in Israeli settlements in the Judaea and Samaria Area. This is true notwithstanding the fact that the

> Israelis who live in the Area are not considered "protected persons" in the sense of art. 4 of the Fourth Geneva Convention ... This authority is derived from two sources. One is the authority of the military commander, pursuant to Article 43 of the Hague Regulations, to safeguard public order and safety... The other is the duty of the State of Israel, which is anchored in internal Israeli law, to protect the lives, the security and the well-being of the Israeli civilians who reside in the area.'"

The need to protect the security of the Jewish settlers arises from the constant danger they face and consequently, the existence of proper access roads to the settlements, especially at times of emergency, is in our view a clear security need that in the right circumstances can justify the seizure or expropriation of privately owned land (*High Court of Justice 202/81 Sa'id Mahmoud Tabib v. Minister of Defense et al.*, IsrSC 36(2) 622).

At the same time, it should be emphasized that this procedure should be used as a last recourse when there is no other solution, and in that case, the owners should be allowed to choose between alternative land and compensation. (On the general authority of the military commander to regulate the use of a road or to determine the course of traffic, see Section 88(i)(1) of the Order Concerning Security Instructions).

The demand to "improve" land seized by military order

63. Many settlements in Judea and Samaria were established on land seized by "military order," after it was found that they were an integral part of the territorial defense of the area. As is the case with every settlement, at first it is built in order to address the needs of its inhabitants; however, as is only natural, there comes the stage when it needs to expand in order to address natural growth or the establishment of vital public institutions, such as additional kindergartens and schools for the various age groups, which were not yet needed at the time the settlement was first built. The problem is that requests to expand these settlements, and even requests to build inside the settlements themselves, are rejected by the Civil Administration with the claim that the government decision to designate the territory that was seized militarily for civilian use was intended to legalize the construction that was carried out for that decision or soon after it only, and not for the construction that they seek to carry out years later.

This approach on the part of the Civil Administration is unacceptable to us. The establishment of a civilian settlement on land that was seized by military order was based, as noted, on the assessment by security experts that that settlement was an integral part of the territorial defense of the area. If this basic given is no longer in

force, the Civil Administration should return the land to the owners from whom it was taken, or at the very least, those parts of the land that have not yet been used for civilian needs. The fact that the Civil Administration did not do so is indicative that the security component in the establishment of the settlement has not ceased to exist and remains firm and abiding. As noted, a settlement of this kind cannot lie stagnant, and sooner or later it will have address at least the natural growth of its population. Furthermore, the expansion of the settlements in Judea and Samaria is also a goal that the government sought to achieve, as per Decision 145 ("To expand the settlement of Judea, Samaria [...] by adding people to the existing communities and by establishing new communities on land owned by the state"). Building within the boundaries of a settlement on land that was militarily occupied, when the security component remains in force, fits in very well with Decision 145, and consequently, there are no ground to forbid it. In these circumstances, the security forces should express their view on the vital nature of additional construction before the matter is looked into to on the planning level.

Hence, we recommend that the Civil Administration be instructed that there is no prohibition on and nothing at all to prevent further construction within a settlement that is built on land that was militarily occupied, and that requests of this kind be considered on the planning level only.

Nature reserves and parks in Judea and Samaria

64. The National Nature and Parks Authority, whose representatives appeared before us, has a considerable interest in the preservation of nature in Judea and Samaria. According to it, in the current situation, phenomena such as allowing sewage to flow, the dispersion of poisons, destruction of natural habitats, the obstruction of ecological corridors, etc. are quite prevalent, with repercussions that are destructive to the flora and fauna in the area. Refraining from dealing with these issues could cause irreversible damage.

In order to prevent these undesirable phenomena and to best protect the nature and heritage, the National Nature and Parks Authority considers it of utmost importance to be able to declare nature reserves and parks in the areas of Judea and Samaria under Israeli control. The declaration applies a series of rules to the declared areas aimed at protecting them. These rules give the authorities effectual and legal enforcement tools (see Rules of Behavior in Nature Reserves (Judea and Samaria), 5733-1973, and Rules Concerning Behavior in Parks (Judea and Samaria), 5734-1974).

According to the arguments presented to us, the master plan in the area designates some 51 sites for use as nature reserves and eight other sites as parks. However, to this day, only 18 sites (14 reserves and 4 parks) have been regularized, after undergoing a process involving detailed planning and declaration as required by law. This process of planning and declaration of nature reserves and parks began in the late 1980s, only to be discontinued in 1995. Since 1995 up to the present, the planning has not been completed and no new reserves have been declared despite the repeated efforts on the part of the National Nature and Parks Authority to move this matter forward.

According to the position of the National Nature and Parks Authority, the responsibility for halting the planning and declaration process lies with the fact that according to the position taken by the Civil Administration, the Oslo Accords do not permit the declaration of nature reserves and parks in Area C, outside the Israeli settlements and military locations without coordination with the Palestinian side ("**The Israeli side shall coordinate with the Palestinian side activities in Area C, outside settlements and military locations, which may change the existing status of this sphere**."). It has been argued that since there is no Palestinian cooperation with Israel, the Civil Administration has been unable to advance the treatment of this subject.

We believe that the protection of nature and heritage values, in addition to its universal importance, benefits both sides in the area, the Israelis and Palestinians both. This explains our position that there is nothing in the declaration of nature reserves and parks that changes the status of this area, except to improve it for the benefit of the entire public. Hence, we see no justification to halting the regularization process of the reserves in Area C as a whole, and in particular in the vicinity of the Israeli settlements and military locations. We **therefore recommend advancing the planning and declaration procedures in all the areas designated for nature reserves and parks in Area C**.

Conclusions and Recommendations

65. After having considered the terms of reference set out in the Commission's mandate, and in light of what we have heard, as well as the considerable amount of material that has been presented to us by a wide range of bodies, our conclusions and recommendations are as follows:

Our basic conclusion is that from the point of view of international law, the classical laws of "occupation" as set out in the relevant international

conventions cannot be considered applicable to the unique and sui generis historic and legal circumstances of Israel's presence in Judea and Samaria spanning over decades.

In addition, the provisions of the 1949 Fourth Geneva Convention, regarding transfer of populations, cannot be considered applicable, and were never intended to apply to the type of settlement activity carried out by Israel in Judea and Samaria.

Therefore and according to international law, Israelis have the lawful right to settle in Judea and Samaria, and consequently, and the establishment of settlements cannot in and of itself be considered to be illegal.

With regard to the other issues considered, our recommendations are as follows:

First, the Government is advised to elucidate its policy regarding settlement by Israelis in Judea and Samaria, with a view to preventing future mistaken or "creative" interpretations of its decisions. We propose that its decision include the following principles:

a. Any new settlement in Judea and Samaria will be established only following a decision by the government or by a duly empowered ministerial committee.

b. Construction within the bounds of an existing or future settlement will not require government or ministerial decision, but such construction must be approved by the planning and zoning authorities after they have ascertained that the proposed construction is not contrary to the approved town-planning scheme applicable to the land in question.

c. Extension of an existing settlement beyond the area of its jurisdiction or beyond the area set out in the existing town-planning scheme will require a decision by the Minister of Defense with the knowledge of the Prime Minister, prior to any of the following stages: commencement of planning and commencement of actual construction.

Second, with regard to settlements established in Judea and Samaria on state lands or on land purchased by Israelis with the assistance of official authorities such as the World Zionist Organization Settlement Division and the Ministry of Housing, and which have been defined as "unauthorized" or "illegal" due to the fact that they were established without any formal government decision, our conclusion is that the establishment of such settlements was carried out with the knowledge, encouragement and tacit agreement of the most senior political level – government

ministers and the Prime Minister, and therefore such conduct is to be seen as implied agreement.

Regarding these settlements, as well as those established pursuant to a government decision but lacking definition of their municipal jurisdiction, or without having completed the planning and zoning procedures, and which as a result, have been described as “unauthorized” or “illegal,” the remaining outstanding procedures should be completed as follows:

a. The area of municipal jurisdiction of each settlement, if not yet determined, must be determined by order, taking into due consideration future natural growth.

b. The administrative barriers imposed on the planning and zoning authorities must be removed immediately, so that they may fulfill their function of examining plans that have been submitted to them by each settlement, without any further need for additional approval by the political level.

c. Pending completion of those proceedings and examination of the possibility of granting valid building permits, the state is advised to refrain from carrying out demolition orders, since it brought about the present situation through its own actions.

d. With a view to avoiding doubt, it is stressed that all the settlements, including those approved pursuant to this proposed framework, may in the future extend their boundaries in order to address their needs, including natural growth, without the need for additional government or ministerial decision, as long as the proposed extension is located within the jurisdiction of the settlement, within its bounds as set out in the approved town-planning scheme, and has received due approval from the planning and zoning authorities.

e. Settlements established wholly or partially on land that is subject to examination as to whether it is public or private land (“*seker*”), are to be considered settlements whose legal status is pending. Most of these settlements were established years ago, and it is thus necessary to accelerate the slow examination process (“*seker*”), in all areas of Judea and Samaria, and to complete it within a fixed time period, and to this end, even consider, utilizing assistance from external entities. Upon completion, the processing of each settlement will continue according to the results of the land examination ("*seker*") and determination of the type of land, in accordance with the framework proposed by us.

f. In the event of conflicting claimants to land, it would be appropriate to adopt a policy whereby prior to any determination by the state regarding petitions for eviction or demolition, a thorough examination of the conflicting claims be conducted by a judicial tribunal dealing with land issues. This is all the more necessary with respect to claims of prior purchase or obsolescence, or where the possessor acted in good faith. Pending such determination, state authorities should be instructed to refrain from taking any position in land conflicts and taking irreversible measures, such as eviction or demolition of buildings on the property.

g. To this end and with a view to facilitating accessibility by local residents to judicial tribunals, we suggest the establishment of courts for the adjudication of land disputes in Judea and Samaria, or alternatively, extending the jurisdiction of district court judges in order to enable them to handle land disputes in Judea and Samaria in their courts.

h. It is necessary to draft into the security legislation a right for the public to review databases administered by the various official bodies, including the Civil Administration, concerning land rights in Judea and Samaria.

i. With an eye to promoting stability and preventing uncertainty, we are of the view that the residents of Judea and Samaria, Palestinians and Israelis alike, should be encouraged to register their rights in the land within a fixed period of time (four or five years seems to be a reasonable period), at the end of which, anyone who has not carried out the registration will lose whatever rights he may have had

j. With regard to the “Order Concerning the Disruptive Use of Private Land ” — we are of the view that this order must be cancelled. In the event that it is decided to retain it, we propose that it be amended such that any decision by an Appeals Committee will not be recommendatory, but will rather be binding upon the Head of the Civil Administration to act pursuant to such a decision. The Head of the Civil Administration and other interested parties may appeal the decision of the Appeals Committee before a Court for Administrative Affairs, whose decision will be final. We propose that this arrangement be applied also to other decisions of the Appeals Committee, including concerning questions of "Primary Registration" of land in Judea and Samaria.

k. The composition of the Appeals Committee should be changed. It presently consists of uniformed reserve officers, jurists, who are, of necessity, perceived at the least to be subordinate to, and even under the command of the Head of the Civil Administration. We feel that this situation is not proper, and

therefore recommend that the Appeals Committee be composed of non-uniformed jurists, a factor which would contribute to the general perception of the Appeals Committee as an independent body, acting according to its own discretion.

l. The "Procedure for Dealing with Private Land Disputes" must be revoked. Such disputes must only be considered and adjudicated by a judicial body.

m. Security legislation must be amended to enable Israelis to purchase land in Judea and Samaria directly, and not only through a corporation registered in the area. We also recommend that the procedures for "Primary Registration" of land rights be accelerated and completed within a reasonable and fixed time period.

n. The Civil Administration should be instructed that there is no prohibition whatsoever on additional construction within the bounds of a settlement built on land initially seized by military order, and such requests should be considered at the planning level only.

o. We also recommend advancing the planning and declaration procedures for all areas designated for nature preserves and parks in all those areas of Judea and Samaria under Israeli responsibility.

Finally, we wish to stress that the picture that has been displayed before us regarding Israeli settlement activity in Judea and Samaria does not befit the behavior of a state that prides itself on, and is committed to the rule of law.

If as a result of this report, the message is conveyed that we are no longer in the formative stages of the creation of our state when things were done in an informal and arbitrary manner, we will be satisfied.

The proponents of settlements, including at the most senior political levels, should take to heart and acknowledge the fact that all actions on this matter can only be done in accordance with the law. Similarly, official governmental bodies should act with alacrity and decisiveness in fulfilling their functions to ensure that the law is duly observed.

66. As noted in Section 2 of this report, many issues were raised before us by the interested parties, and some of an exceedingly complex nature. Were we to address all of them, e.g. issues related to the leasing of land belonging to absentees by the Custodian of Government and Abandoned Property, the issue of the status of land purchased in Judea and Samaria by Jews before the establishment of the state, it would have taken many long months of study and examination and a further delay in

the consolidation of our recommendations. In these circumstances, we decided to focus on the main guidelines concerning the principal issues upon which we were asked to express our opinion. Should the government decide to adopt our recommendations, it will be necessary to implement those principles in detail.

To conclude, we would like to express our thanks to the coordinator of the committee, Attorney Eran Ben-Ari, who thanks to his pleasant manner, hard work and devotion, efficiency and professionalism greatly assisted us in achieving the goals we were tasked with by the Terms of Reference.

Jerusalem, 21 June 2012 – 1 Tammuz, 5772

E. E. Levy	Tehiya Shapira	Amb. Alan Baker
(Ret.) Supreme Court Justice	(Ret.) District Court Judge	Member
Chairman	Member	

Regavim is a research backed legal advocacy organization focused on land ownership issues whose mission is to ensure responsible, legal & accountable use of Israel's state lands and the return of the rule of law to all areas and aspects of the land and its preservation.

www.regavim.co.il/en

For more information contact Ari Briggs – ari@regavim.org

Translation: Ruchie Avital

©The translation of this report is and remain the copyright of Regavim.
The section of 'Conclusions & Recommendations' –pg. 73, is from the original Israeli Government translation.

P.O.B 44439
Jerusalem 9144302
Tel: 02-6560303
Fax: 02-6560363
ari@regavim.org

www.regavim.org/en

Summary of the Opinion Concerning Unauthorized Outposts

At the request of the Prime Minister bureau, I have prepared a summary of the opinion. The summary does not include the entire opinion, which naturally deals with many more subjects, with further details.
The second chapter of the opinion is a brief of the findings, conclusions and recommendations. This summary is based upon this brief. However, considering that this summary is presented a part from the opinion, a few remarks must be added.

Opening Remarks

A. The Commission
The commission issued by the Prime Minister is enclosed.

B. A Procedural Remark:
These are the main subjects the opinion deals with:

The opinion first explores the background for the growth of the unauthorized outposts phenomenon. Then it analyzes the legal background for establishing a legal settlement in the area of Judea, Samaria and Gaza, according to the local law (lex locus). In this context, a brief view of the laws governing Israel in its actions in the areas is presented. Following are the requirements for establishing a legal settlement. This includes the political, land, municipal (bounds of jurisdiction) and planning aspects.

In light of this legal background, a review of the unauthorized outposts is presented. This includes: the definition of an unauthorized outpost; numerical figures as far as I know them, including evacuation figures up to date; categorization of the outposts; the major ways of their establishment, as far as I know them.

A main chapter in the opinion deals with the involvement of state authorities and public authorities in the establishment of unauthorized outposts.

This framework reviews the involvement of the Settlement Division in their establishing and financing, as far as I know it.

It reviews the involvement of the Ministry of Construction & Housing - in financing infrastructure and public buildings for the outposts, financing the planning of unauthorized outposts, and the purchase of caravans affair in 2003.

It reviews the involvement of the Ministry of Defense in the matter of the unauthorized outposts, meaning the involvement of both the Civil Administration and the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs.
Following the factual findings is the chapter dealing with law enforcement in the territories. There I stressed the reasons for the failure of law enforcement, and recommended a legislative reform, concerning the law governing the territories, with an emphasis on actions concerning the establishment of unauthorized outposts.

As for recommendations:

Each chapter in the opinion includes recommendations concerning the findings presented in it. In addition, the opinion concludes with a general chapter of recommendations, some of which already mentioned. I enclose here the full recommendations chapter, although some of the recommendations already appear within this summary.
I further enclose to this summary the concluding chapter of the opinion, as presented at the end of the recommendations chapter.

C. The Authorities Reviewed in the Opinion, and the Authorities Not Reviewed

It should be emphasized what is not to be found in the opinion, and why I chose the authorities I dealt with:
An initial inquiry already lead me to the conclusion that the main relevant authorities involved in the matter of unauthorized outposts are the Ministry of Defense and the IDF, including the Civil Administration; the Ministry of Construction & Housing; the Settlement Division of the World Zionist Organization; the Ministry of Interior Affairs. Hence this opinion focuses on the information I gathered mostly in these offices.

Nevertheless, other bodies are involved in establishing the unauthorized outposts, including the aerial councils in Judea, Samaria and Gaza, and other governmental ministries. Due to the shortage of time allotted to me (which I even exceeded), my limited means, the many bodies involved, and the limited accessibility to information - I have not succeeded in the given time to examine all that requires examination. Therefore I have submitted an interim report.

D. Difficulties in Accessibility to Information Regarding the Establishment of the Unauthorized Outposts:

The relevant information regarding the unauthorized outposts is not to be found in a single office. On the contrary. Every office that supplied information to me holds partial information regarding the outposts. There is no office or body which gathers all of the relevant information concerning the matter of outposts, nor coordinates government activity regarding them.

Part of the information is accessible, but a major part of it is concealed. Even after inquiring and exploring, I cannot say that I have reached all the necessary information. This is sometimes due to bureaucratic complexity, the scope of the information, the number of authorities and offices involved in the matter, and the time passed. But in more than a number of occasions I was under the impression that the office or official in charge of the relevant information was not open to deliver it. I received parts of such information from other sources. The result is I could not reach all the required information.

Furthermore, some of the people I approached refused to converse with me. Some claimed to be too busy, some met with me but refused to give answers to the point to most of my questions.

As for Material Received from the Relevant Ministries:

Compared to the material I have asked for, the material handed to me by some of these ministries was partial. It was only by the end of January 2005 that the Ministry of Construction & Housing responded to my request for data concerning investments by the Ministry in unauthorized outposts over the last four years. This was only after correspondence starting September 2004, oral and written requests, reminders, an appeal to Minister Ms. Livni, her personal interference and demand to release the material - all of which was in vain (soon afterwards Ms. Livni left office to serve in the Ministry of Justice). Only after Mr. Herzog became Minister of Construction & Housing I received a response to my request, which I am not yet satisfied with, and which needs to be thoroughly examined (see detailed reference in section 8.3.1.1-d).

I might add, that in response to my last letter to the Ministry of Housing, in which I stressed that at least some of the data given to me was incorrect, the Ministry of Construction & Housing informed me, just less than a week ago, that it admits now the falseness of some of the data, and asked for further time to check it out. Needless to say, the false data is amounts, which are lower than the amounts actually allotted to unauthorized outposts.
Although requested, the Settlement Division of the World Zionist Organization has not yet delivered data concerning the amounts it invested in unauthorized outposts, which it took part in establishing. The Infrastructure Dept. of the Civil Administration has not yet delivered full data concerning unauthorized outposts, claiming this takes more time and requires much work.

E. Accuracy of Information Regarding Unauthorized Outposts

The data I hold was received from the Infrastructure Dept. of the Civil Administration. Possible errors may exist in this data, but I have no other source for certified information regarding the unauthorized outposts, including aerial photographs, valid and invalid programs, land privileges, etc.

F. Examination of the Outposts According Local Law

The opinion examines the legality of the unauthorized outposts only in the aspect of local law (lex locus), and not other possible aspects of international law.

G. Examination of Unauthorized Outposts and Not of Other Settlements

The opinion examines the unauthorized outposts, and not other settlements in Judea, Samaria and Gaza, nor unauthorized neighborhoods in existing settlements.

H. Collecting the Information

The opinion followed research. Interviews were made with some 100 officials in different offices. The interviews were documented. In addition, numerous meetings were held in different ministries, in which I took part, and many documents were gathered.

I received great assistance from Brigadier General (Res.) Baruch Shpigel, Assistant to the Defense Minister, who supplied me with material regarding the unauthorized outposts, always with good spirit and full cooperation. Further assistance was given by the staff of the Legal Advisor to Judea and Samaria, the International Law Branch of the IDF, the State Attorney, the General Attorney and the Ministry of Justice.

A summary of the opinion, the findings, the conclusions and the recommendations follows.

The Background for the Establishment of the Unauthorized Outposts

The expansion of the unauthorized outposts phenomenon began in the mid nineties, after the building in Judea, Samaria and Gaza was frozen by the Rabin Administration in 1993. Building in settlements was still approved, but the approval rate went decreasing as the negotiations with the Palestinian representatives accelerated.

The unauthorized outposts phenomenon began expanding, in light of the government's position opposing the authorizing of the building of settlements in the territories.

In fact, the unauthorized outposts phenomenon is a continuation of the settlement enterprise in the territories. But while in the distant past the Israeli governments officially acknowledged and encouraged the settlement enterprise, in some of the years, a major change took place in the beginning of the nineties. The Israeli governments were no longer officially involved in the establishment of settlements, apparently due to Israel's international situation, and the negative position of most nations towards the settlement enterprise. That was not the case for public authorities and other Israeli government bodies, who took, along with others, a major role in establishing the unauthorized outposts. Some of which were inspired by the political echelon, sometimes by overlooking, sometimes by actual encouragement and support, but never as a result of an authorized resolution by the qualified political echelon of the State.

The Necessary Conditions for Establishing a Settlement in the Judea, Samaria and Gaza Territories

The local law requires the fulfillment of a number of basic conditions before establishing a settlement in the Judea, Samaria and Gaza territories.

First, the decision to establish a settlement must be made by the authoritative political echelon. Government resolutions have always declared that the establishment of a new settlement, either inside Israel or in the territories, requires a government resolution. Such

an establishment requires various considerations - economic, social, geographical, political, public and others.

The establishment of an Israeli settlement in the Judea, Samaria and Gaza territories requires additional considerations, including international and national policy and security considerations. The authoritative political echelon is the only one qualified to consider such considerations, and the only one who bares responsibility for such a decision.

The Second Condition concerns the interests (title) in the land to be settled.. After the High Court of Justice ruling in the case of Elon More, a 1979 Israeli government resolution states that Israeli settlements shall be established only on State land.

The Third Condition is that a settlement shall be established only according to a lawful designed building scheme. This means that a settlement in the Judea, Samaria and Gaza territories may be established only according to a detailed scheme, which has the power to produce a building permit. It must be clarified that according to the law in force in the territories, the approval of the political echelon is needed not only for establishing a settlement, but also in some of the steps in the plan approval. Meaning - as long as there is no approval for the plan for the settlement, or a part thereof - there is no political echelon approval for its establishment.

The Fourth Condition is that the bounds of jurisdiction of such a settlement was determined in an order by the Commander of the area. The Commander of the area may determine the bounds of jurisdiction only after receiving the approval of the political echelon.

These four conditions are accumulative. The lack of fulfillment of one of them makes the settlement illegitimate.

Unauthorized Outposts

An unauthorized outpost is a settlement which does not fulfill at least one of the abovementioned conditions. And I must emphasize: an unauthorized outpost is not a “semi legal” outpost. Unauthorized is illegal. I mean that if the outpost were authorized, according to the conditions mentioned above, it was legal. Missing an authorization of the kinds mentioned above makes it illegal.

After studying all Government resolutions, Minister Security Committee meetings, Settlement Minister Committee meetings, whether named as so, or operating as sub-committees for settlements of Minister Security Committee - I have not found a single government or committee resolution, since the beginning of the nineties, to establish a new settlement in the territories, or to expand a neighborhood of an existing settlement.

Since many outposts were established in the Judea, Samaria and Gaza territories, it seems that it was not the result of government decision.

The Characteristics of an Unauthorized Outpost:

A. There was no government decision to establish it, and in any case no authorized political echelon approved its establishment.

B. The outpost was established with no legal planning status. Meaning, with no valid detailed plan governing the area it was established upon, which can support a building permit.

C. An unauthorized outpost is not attached to an existing settlement, but rather at least a few hundred meters distant from it as the crow flies.

D. The outpost was established in the nineties, mostly from the mid nineties and on.

The Number of the Unauthorized Outposts and Other Data Regarding them

I failed in finding out how many unauthorized outposts exist in Judea, Samaria and Gaza, since the source for the data is the Infrastructure Dept. of the Civil Administration, which has not delivered all the necessary information. I was informed that gathering the information requires much work and takes time.

The information I have so far shows that there are 105 unauthorized outposts (that I know of today). But this probably does not reflect the true number of outposts in the area. (As for the gap between this figure and data presented by the Ministry of Defense in the past – see sec. 5.4 of the opinion.)

Out of the number I know of: 26 outposts are located on State land; 7 are located on survey lands; 15 are located on Palestinian private property; 39 are located on "mixed" lands – part State, part survey, part owned by Palestinians.

In addition, a few outposts are located on lands which I failed yet to resolve its nature.

The Implication of Establishing an Unauthorized Outpost Not on State Land

After the High Court of Justice ruling in the case of Elon More, a 1979 Israeli government resolution states that Israeli settlements in Judea, Samaria and Gaza shall be established only on State land. Hence, no settlement is to be established on other than State land (the definition for State land appears in the first chapter of the opinion). No Israeli settlement is to be established on survey land (to which the title is unclear). Surely no Israeli settlement is to be established on private Palestinian property.

It is absolutely prohibited to establish outposts on private Palestinian property. Such an action may in certain circumstances become a felony.

But first and foremost this is a serious prejudice of the right of possession. This right is a basic right in Israel - included in Basic Law: Human Dignity and Freedom, and was defined by the Israeli Supreme Court as a constitutional right. Israel High Court of Justice ruled that the Commander of the area must protect the fundamental rights of the

Palestinians in Judea, Samaria and Gaza. This means he must also protect their right of possession. It is the Commander's duty to prevent the intolerable prejudice of Palestinians' right of possession, which an establishment of outposts on their property causes.

There is no way to validate the establishment of an outpost on private Palestinian property, not even post factum. Such outposts must be evacuated, the sooner the better.

List of the Outposts by Date of Establishment

The list of the outposts may be divided into two lists: those established before March 2001, and those established afterwards, and were not evacuated, or were evacuated but returned. This division is based on political reasons, but has no legal implication. Accordingly, 71 outposts were established prior to March 2001, and 24 outposts were established afterwards. As for 10 more outposts – I have yet to find out when they were established. As mentioned above, this is probably not the full list of outposts in Judea, Samaria and Gaza (in lack of data).

Information Concerning Evacuation of Outposts

This information, concerning the evacuation of outposts established only after March 2001 was, delivered to me by the Ministry of Defense:

81 outposts were evacuated so far, only a few of them were manned. Some of them were re-occupied by the settlers, sometimes returning nearby the outpost. Some were evacuated again. Some were occupied again and not yet evacuated.

13 delimitation orders were issued so far, deriving from the Order Concerning Unauthorized Outposts (the main legal tool for evacuating outposts). Appeals were submitted against the delimitation orders. 12 appeals were granted. One is yet to be answered by the Ministry of Defense. Some of these outposts were evacuated (either willingly of by the IDF). A total of 7 outposts, 2 of which returned.

The legal proceedings before the High Court of Justice concerning 4 outposts have ended, and the petitions were denied. These outposts, plus two more that have returned, can be evacuated immediately. A total of 6 outposts can be evacuated effective today.

Requests for license according to a mandatory plan were submitted for a number of outposts. Most of them were denied. Delimitation orders may be issued against them, unless appeals are submitted. As for other outposts, delimitation orders may be issued (see details in sec. 5.5.1).

Neighborhoods Which are Not Outposts

It needs to be clarified that I have defined an outpost as a settlement not attached to an existing settlement. Civil Administration information shows that new neighborhoods attached to existing settlements were established and expanded. From the legal aspect this situation is sometimes similar to the establishment of unauthorized outposts.

I have not examined such unauthorized neighborhoods, in accordance with my jurisdiction.

The Momentum of Thickening Outposts Still Goes On

I am not aware of new outposts established over the last months. But I know of unauthorized building taking place in existing outposts. The building momentum includes conveying caravans to the outposts (64 caravans were conveyed to unauthorized outposts between August and December 2004). But it also features other ways, such as making new infrastructure for future connection of caravans; land preparation, stiff construction in some outposts including permanent buildings (for example, 23 structures, 160 square meters each, were placed in the Bruchin outpost on 28 September, 2004); 9 habitats were built in the Ahuzat Shalhevet outpost near Yitzhar on October 2004; primary structures of 60 square meters were placed in Migron and in other outposts. Sheds and agriculture structures were built, lands were over taken, roads were paved. This is day to day activity. Illegal sites and new invasions report between 8 August 2004 and 5 December 2004 enclosed (annexes 1 & 2 of booklet C). I must add that the expansion continues to take place in outposts which delimitation orders were issued against them, even after approved by the High Court of Justice. For instance, 3 caravans were placed in Giv’at Haro’eh on January 2005, and preparations are made for two more caravans; iron elements are starting to be placed in Giv’at Hadegel, a playground was built on December 2005 and two caravans were coated with stone; 5 caravans were placed outside the delimited area in Mitspe Asaf; two caravans and two containers were placed in Mitspe Yitzhar.. All delimited outposts, which the High Court of Justice allowed their evacuation, and were still thickened are listed in the report enclosed (see the abovementioned annexes 1 & 2).

The Ways the Outposts were Established

The outposts are mostly established by bypassing procedure and violating the law, displaying false pretense towards some of the State authorities, and enjoying the cooperation of other authorities in harsh violation of the law.

One way to establish an outpost is first to falsely ask for an antenna to be placed up on a hill. Afterwards comes a request to supply electricity - only for the antenna. Then a cabin is placed, for the guard, and the cabin is also connected to the electricity. Then a road is paved to the place, and infrastructure for caravans is prepared. Then, one day a number of caravans arrive at the place - and an outpost is established.

Another way is falsely requesting to built an agricultural farm (either an acclimatization or a biosphere farm). The farm is supposedly built for agricultural needs. After a while, caravans arrive to the place and an outpost is established.

Another way is founding an educational institution. “Staff” families settle in the place and an outpost is established.

Another way is establishing outposts by “expansions” and “neighborhoods” in disguise, within an existing outpost. The new outpost is named as the old one, as though it were just a neighborhood, even when it is sometimes kilometers away as the crow flies; on the ground the distance is much greater). (In some cases this explains the variety of names given to a single outpost, for example Esh Kodesh N.G. 827 - Migdalim Southl; Nof Harim - Aley T., etc.) This enables financing the new outpost by the different authorities: the money supposedly goes to the old settlement, as known to the authorities. In fact, it goes to the new outpost.

After a while, when the outpost stands still, it is no longer convenient for its inhabitants to be considered just as a neighborhood of an existing settlement. They wish for direct connection to different sources; they are interested in an independent emblem given by the Ministry of Interior Affairs (which allows budget from the Ministry of Interior Affairs as a local authority). Therefore the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs requested the Settlement Division of the World Zionist Organization to acknowledge some of the outposts as independent settlements, eligible for an emblem and a budget. The former Director General of the Prime Minister Office (Mr. Lieberman) has also requested such acknowledgement regarding some of these outposts (these letters are included in annexes booklet C, enclosed to the opinion).

Involvement of Government Authorities in Establishing Outposts

A substantial number of outposts were built with the involvement of public authorities and State bodies, but with no authoritative decision by the Government of Israel.

These are the State authorities I succeeded to examine:
The Ministry of Construction & Housing;
The Ministry of Defense and the IDF: the Civil Administration, and several aspects of the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs;
In addition: the Settlement Division of the World Zionist Organization, which is a public authority.

These authorities have legitimate powers regarding the Israeli settlement in Judea, Samaria and Gaza, but they apparently use their powers unlawfully in connection with unauthorized outposts, as to be described.

As I have already mentioned, other authorities and government ministries are involved in establishing unauthorized outposts. I also know that the regional councils in Judea,

Samaria and Gaza take a major part in this activity. But due to the short time I was given and the scope of the research needed, I could not examine them as well.

Authorities and Their Relevant Roles

The World Zionist Organization - The Settlement Division

The role of the World Zionist Organization is to settle. It receives lands from the official in the Civil Administration (the Commissioner of Government and Deserted Property), for the purpose of planning or planning and development. It is supposed to allot the lands for building settlements, after receiving the approval of the qualified political echelon – to establish a new settlement or to expand an existing one. It is supposed to take care of planning for the land, establishing the primary camp and creating means for production.

The Ministry of Construction & Housing

Involved in establishing settlements or expanding existing ones in Judea, Samaria and Gaza, through the Rural Building Administration of the Ministry of Construction & Housing. Finances the establishment of infrastructure and public buildings in Judea, Samaria and Gaza settlements. Plans new settlements and employs independent architects for planning and expanding settlements in Judea, Samaria and Gaza. Owns caravans for residence, which it transfers to others, especially to Judea, Samaria and Gaza.

The Civil Administration

Responsible for locating lands for new Israeli settlements, and examining rights and privileges concerning them; registering titles to land. Responsible for allotting land to settling bodies, including the Settlement Division. Responsible for the planning and building registration process. Responsible for receiving the political echelon’s approval for planning. Responsible for supervising illegal construction in the territories. Responsible for permitting connections of buildings to water or electricity. Responsible for permitting caravan conveyance in the territories, subject to the approval of the Ministry of Defence.

The Ministry of Defense

Responsible for granting various permits, including: permit for initiating land survey; license for land planning prior to its allotment by the Commissioner to a settling body; permit to convey a caravan to the territories; approval of the political echelon (the Minister of Defense) for different stages of a plan.

Regarding law enforcement in the territories - the Ministry of Defense grants the political approval for security legislation in the area, including legislation concerning the establishment of unauthorized outposts and unlawful confiscation of lands. Approves the carrying out of destruction orders issued as a result of illegal construction. Issues

delimiting orders in order to evacuate outposts. Instructs the IDF directly to evacuate unauthorized outposts.

I shall specify my findings regarding each of these authorities. Following the findings, I shall describe my main recommendations for each authority. It should be noted that the recommendations chapter includes additional and more general recommendations.

Types of Recommendations According to My Commission

A. Organizational recommendations
B. Amendments to government resolutions and new resolutions to be taken
C. Instructions to authorities in connection with all matters of establishing unauthorized outposts
D. New legislation
E. Reform in security legislation in the territories
F. Recommendations for the Attorney General

The Settlement Division of the World Zionist Organization

The Settlement Division is a part of the World Zionist Organization, which is a settling body, according to a government resolution. The Division's role is to assist the government in establishing Israeli settlements in Judea, Samaria and Gaza. Its full budget comes from State treasury.

The Settlement Division took major part in establishing Israeli settlements in Judea, Samaria and Gaza. According the findings in the repost, it built mostly many unauthorized outposts, without the approval of the qualified political echelon.

This reality shows that there is no more a political mechanism for establishing new settlements in the territories. The decision to establish settlements has "dropped one scale", and became a decision made by officials who were not authorized to do so. It is no longer the decision of the elected echelon, who is accountable towards their voters.

The "engine" behind a decision to establish outposts are probably regional councils in Judea, Samaria and Gaza, settlers and activists, imbued with ideology and motivation to increase Israeli settlement in the Judea, Samaria and Gaza territories. Some of the officials working in the Settlement Division of the World Zionist Organization, and in the Ministry of Construction & Housing, cooperated with them to promote the unauthorized outposts phenomenon. After the mid nineties, these actions were apparently inspired by different Ministers of Housing, either by overlooking or by actual encouragement and support, with additional support from other Ministries, initiated either by officials or by the political echelon of each Ministry.

The Settlement Division is supposed to be an executive echelon, implementing decisions made by the political echelon. In this case it was the other way around, and the executive echelon became partners with the political one, contrary to its role.

The lands were allotted to the Division by the Commissioner of Government and Deserted Property of the Civil Administration, on the assumption that the Division act with good faith and according to allotment regulations. Apparently, the Division violated the agreement with the Commissioner in more than one aspects: it allotted lands a secondary allotment without the Commissioner's approval; it sometimes allotted lands which it received for planning purposes only. The Commissioner wasn't even informed of the allotment. It failed to regulate the settlers' status in the land against the Commissioner.

The Settlement Division established unauthorized outposts, disregarding the need for a valid detailed plan, and this not by accident, but rather as a system. This is a violation of the Jordanian Planning and Construction Law in force in the territories. The Division never even attempted to authorize a plan before starting building.

Some of the settlements established by the Division exceed the area allotted, and are partly located not on State land (part of the settlement is located within the area, and another part is outside of it, sometimes on survey land, sometimes on private property).

Response of the Settlement Division

A. No political approval is required for the establishment of outposts.
B. If it is indeed required, thus it was granted.
C. The outposts were established without a valid detailed plan, since this is the way settlements are established regularly by the Division inside Israel.

This response does not settle with my findings. An establishment of an outpost requires the approval of the political echelon, according both government resolutions and the law in force in the territories. The claim that the political approval for establishing outposts was granted is false.

The attempt to justify the Division's actions, in contrary to the Planning and Construction Law, by claiming it to be its standard procedure inside Israel - is unacceptable. Actions violating the law cannot be justified. Surely continuous violation in one place cannot justify continuous violation in another.

It is my conclusion that a fundamental change in the operation of the Settlement Division must take place.

My Main Recommendations for the Settlement Division

A government resolution must be made as follows:

To cancel all land allotments made to the Settlement Division, if and to the extent they were not yet allotted to others, and to return them to the Commissioner; to cancel all land allotments made to the Settlement Division, which it further allotted to others in contrary to its license; to cancel all allotments made by the Division to others, and were not yet used, and to return them to the Commissioner; to cancel all allotments upon which unauthorized outposts were established, and to return them to the Commissioner; to cease all activity of the Settlement Division in establishing settlements, unless the Government authorizes ad-hoc the Division as a settling body for the purpose of establishing or expanding a specific settlement in Judea, Samaria and Gaza, that the Government has decided to establish or expand; the Ministry of Finance shall modify the Settlement Division budget in light of the necessary changes resulting this resolution.

The Ministry of Construction & Housing

The Ministry of Construction & Housing is involved with establishing unauthorized outposts.

The main (but not the only) branch of this Ministry involved with unauthorized outposts is the Rural Building Administration. This administration is engaged for years in establishing new settlements in Judea, Samaria and Gaza and in expanding old ones. The Rural Building Administration executed the policy of Housing Ministers and Director Generals of this Ministry in the relevant years in which the outposts phenomenon flourished, meaning the mid nineties and on.

It seems that at least between 2000 and 2004, a substantial part of the Rural Building Administration budget was dedicated to building in the territories, including unauthorized outposts.

These are the activities of the Ministry of Construction & Housing in establishing unauthorized outposts known to me:

Financial Aid for Infrastructure and Public Buildings in Unauthorized Outposts

The Ministry of Construction & Housing assisted regional councils in Judea, Samaria and Gaza, by financing foundations and infrastructure (such as land preparation, development, road break through and paving, connecting water, electricity and other facilities, preparing infrastructure for caravans, etc.), and establishing public buildings in unauthorized outposts. The aid was disguised as building new neighborhoods within existing settlements, in order to bypass the absence of a Government resolution to establish outposts. The Ministry of Construction & Housing was aware of the absence of a qualified political echelon approval for establishing the outposts.

The aid by the Ministry of Construction & Housing was indirect - through the regional councils. The Ministry of Construction & Housing did not engage directly with contractors. The regional councils did so, and the Ministry of Construction & Housing

financed it. It seems that this way was chosen in order to conceal the fact that the Ministry of Construction & Housing is financing building in unauthorized outposts.

In 2001 the Ministry of Construction & Housing created a special budgetary clause, named “general development misc.”, and used it for financing unauthorized outposts. In 2001 the amount in this section was 17 million shekels. In 2002 it was 34 million shekels. No criteria were set for the usage of this money. There is no public transparency concerning the goals and the exploitation of this budget.

According to the information the Ministry of Construction & Housing supplied (referring to a partial list it was given), between 2000 and 2004 the Ministry has spent an amount of NIS 71,870,000 on unauthorized outposts.
This is figure stated by the Ministry of Construction & Housing – the Rural Building Administration. It does not settle with information appearing in the Ministry’s working schemes for these years. In light of these working schemes it allegedly seems that the Ministry financed unauthorized outposts in much greater sums. Questions directed towards the Ministry of Housing were not yet answered to the point (see details in sections 8.3.1.1). The Ministry of Construction & Housing has informed me, only a few days before submitting the opinion to the Prime Minister, that after examining my last address it found the information earlier given to me to be partially wrong. They claim to be further examining the matter these days.

Be that as it may, it seems that the actual sum considerably exceeds the one mentioned above. I might add that the abovementioned sums are nominal.

The sum also does not include money the Ministry of Construction & Housing paid for infrastructure, public buildings and planning in unauthorized neighborhoods in Judea, Samaria and Gaza.

The Ministry of Construction & Housing was well aware of the fact that the construction work it financed was done without legal planning status. In other words, it was done in violation of the Planning and Construction Law.

The Ministry of Construction & Housing financed the establishment of unauthorized outposts, but never examined the interests (title) in the lands upon which the outposts were built. Some of the outposts built with the Ministry’s aid were located on private Palestinian property and on survey land. The Housing Ministry claims it was not aware of this fact. There is no dispute it never bothered to check it out.

Planning Unauthorized Outposts, Some of which on Private Palestinian Property

Architects of the Housing Ministry, as well as free lance architects, were employed in planning unauthorized outposts, after their establishment. The Ministry was aware of the absence of a government resolution or a qualified political echelon decision to establish them. Part of the unauthorized outposts planned were built on private Palestinian property.

Acquisition of Caravans and Placing Them in Unauthorized Outposts in 2003

The acquisition of caravans by the Ministry of Construction & Housing in 2003 is a bold example of bad government, and it is also connected with unauthorized outposts.

In 2003 the Ministry of Construction & Housing has decided to finance the acquisition of caravans by the regional councils in Judea, Samaria and Gaza. The budget needed for this purchase: NIS 33,749,180.

The Ministry of Construction & Housing tried to exempt this sum from tender, so that the money could go to the regional councils for purchasing the caravans. The Ministry of Finance objected granting an exemption. The subject was brought to the Attorney General. His deputy determined that the Ministry of Construction & Housing must set criteria, as a pre-condition for supporting the regional council. But the Ministry of Construction & Housing did not wish to set such criteria, so it chose a bypass, to avoid confronting the legal barrier.

The Ministry of Construction & Housing has decided to purchase the caravans itself, to divide them only between the regional councils in Judea, Samaria and Gaza, with no explanation, with no criteria, and with nothing in return.
The Ministry of Construction & Housing published a frame tender for purchasing caravans. Two companies won the tender. The Ministry ordered 400 caravans from one company, and 120 from the other. I found that some of the caravans were ordered and produced much earlier – for the regional councils in Judea, Samaria and Gaza. These caravans were already placed in the area at the time the tender for their production was published. At the time a total of 140 caravans were placed in the territories, 90 of which in unauthorized outposts.

Apparently, the same company that won the Ministry of Construction & Housing's tender, and was requested to produce 400 caravans, was the one who produced the caravans for the regional councils, for which the Ministry of Construction & Housing paid.

The Ministry of Construction & Housing delivered all of the 400 caravans to Judea, Samaria and Gaza without any agreement to receive any consideration in exchange - either from the regional councils or from whoever received the caravans. A year and a half has passed by, and the Ministry of Construction & Housing has received nothing in return for the caravans.

Main Recommendations Regarding The Ministry of Construction & Housing

1. A government resolution shall be made, as follows:

a. Regarding planning, budgeting and establishing unauthorized outposts and/or unauthorized constructions

The Ministry of Construction & Housing shall not plan a settlement, a neighborhood or any building in Judea, Samaria and Gaza, before running a thorough examination concerning the interests in the lands designated for planning. The Ministry of Construction & Housing shall not plan the establishment of a settlement or a neighborhood without a decision of the political echelon. The Ministry of Construction & Housing shall not plan post factum an unauthorized outpost. The Ministry of Construction & Housing shall not plan, budget or build in lands that are not State lands. For the avoidance of doubt, the Ministry of Construction & Housing shall never take any action mentioned above in survey lands or in private Palestinian property. The Ministry of Construction & Housing shall establish a data base with all the information concerning titles to land in Judea, Samaria and Gaza. This data base shall be accessible to all of the Ministry's departments, including the Rural Building Administration. The Ministry of Construction & Housing shall not finance nor built in Judea, Samaria and Gaza, either directly or through others, without first getting a building permit.

b. Regarding the purchase of caravans

Any purchase of caravans designated for the territories is equal to an approval for building houses in the territories. Therefore, any future purchase, by the Ministry of Construction & Housing or by any other Ministry, of caravans designated to the Judea, Samaria and Gaza territories, is subject to the approval of both the Prime Minister and the Minister of Defense, prior to the publication of a tender for their production or acquisition.

2. Administrative recommendations regarding the issue of caravans

A number of recommendations were given concerning the acquisition of caravans, including criteria for future purchase. The Ministry of Construction & Housing shall demand the caravans back from the regional councils. The Ministry of Construction & Housing shall demand restoration for their usage until their actual return to the Housing Ministry.

3. A recommendation to forward material in the report to the Attorney General

I have recommended to forward the report's findings in this chapter to the Attorney General, in order to consider whether to take legal action against State officials and others, who with regards to establishing unauthorized outposts knowingly acted while violating the law.

I further recommended to forward to the Attorney General all material in this report concerning publishing the tender for the manufacture of caravans, the winning thereof, their conveyance to unauthorized outposts, and all other matters concerning the caravan affair - in order to consider whether to take legal action against Ministry officials and others involved.

The Civil Administration in Judea, Samaria and Gaza

I have examined various aspects of its authorities and activities concerning the establishment of unauthorized outposts.

Main Findings

Locating Lands and Inquiring into Interests in Lands Designated for Israeli Settlements

I found that some of the lands allotted by the Civil Administration to the Settlement Division were survey lands, and some were private Palestinian property. Apparently this was a result of errors in marking State lands on maps. This is one of the reasons that some of the unauthorized outposts were established not on State lands.
I recommend that no lands shall further be allotted until a serious reexamination is made concerning interests in the land allotted, so that only State lands are allotted, according to the 1979 Government resolution. A systematic examination of titles to lands shall be made concerning old allotments. Planning committees shall be instructed not to approve any plan until the interests in the lands are reexamined, and the plan undoubtedly applies only State lands.

Survey land procedure regarding unauthorized outposts - It is my conclusion that survey land procedure shall not be taken regarding outposts for which delimiting orders were issued. These are outposts which the political echelon found illegal and has decided to evacuate. Survey land procedure for such lands is contradiction in terms. I therefore recommend that a Government resolution shall be made that no application for survey land procedure shall be submitted regarding outposts with delimiting orders, and if submitted - it shall not be examined. I further recommend that no application for survey land procedure shall be submitted nor examined, regarding an unauthorized outpost (even when there is no delimiting order), unless the Government decided it wishes it to be an acknowledged settlement, and this requires survey land procedure. I further recommended that from now on initiating survey land procedure shall be a decision made only by the Minister of Defense or his Deputy (instructions in this matter were given until now by the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs).

Building Permits According to a Mandatory Plan

I have found that it is possible to be granted with a building permit according to a mandatory plan which is in force in the area. While a political approval is necessary for a plan submitted according to security legislation, a building permit according to a mandatory plan requires no political approval. This crack allowed some of the unauthorized outposts to be established.

I recommend:

To instruct the Minister of Defense to direct the Commissioner of Government and Deserted Property, that the Commissioner shall from now on sign any application for

building permits according to a mandatory plan regarding State lands. Not the World Zionist Organization, which used to do it until now.

A license committee, authorized to grant building permits according to a mandatory plan, shall accept no application for such a building permit, unless signed by the Commissioner. The Commissioner shall sign only after getting the approval of the Minister of Defense. The result is that a building permit according to a mandatory plan can be received only after the approval of the Minister of Defense.

I further recommend that a license committee shall be instructed not to grant a building permit to an Israeli unless she has presented a certificate from the Commander of the Area indicating his consent to the permit.

In accordance with the Construction Supervision Order (Judea & Samaria) (No. 393), 1970, the Commander of the Area shall order that license committees may grant building permits according to a mandatory plan only to Israelis who hold an approval by the Area Commander for such permit. This is due to security implications of building one isolated Israeli house in the territories (which a mandatory plan allows).

As a result, no building permit according to a mandatory plan shall be granted, either in State lands or in Israeli purchased property, without the approval of the Minister of Defense and/or the Commander of the Area.

Application for Building Permits According to a Detailed Plan

The Commissioner of Government and Deserted Property in the Civil Administration represents the State as the owner of State lands, and allots lands to the World Zionist Organization. Since 1996, the World Zionist Organization is allotted with lands for planning purposes only. Apparently, the Organization allots the lands to others, for purposes of development and establishing of settlements, contrary to its permit.

It was also established that Civil Administration planning committees grant building permits on lands allotted to the World Zionist Organization, according to a valid detailed plan, without the signature of the Commissioner. The situation is different in Israel, where the Israel Lands Administration is required to approve any building permit as a pre condition for its issue.

As a matter of fact, as soon as the Commissioner allotted land to the World Zionist Organization, and signed an application for a detailed plan, the connection between him and the land was cut off, since his signature is not necessary for the building permit request. This is one of the reasons why no contractual relations were made between the Commissioner and the settlers in Judea, Samaria and Gaza, and the Commissioner was not paid for the usage of the land.

I recommended the Prime Minister to instruct the Minister of Defense to direct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil

Administration not to allow a planning committee to discuss a building permit application and not to issue a building permit according to a detailed plan regarding State land, without a written approval of the Commissioner of Government and Deserted Property. The Commissioner shall sign a building permit only after contractual relations were made between the Commissioner and the Division, and between the Commissioner and the settlers, and only after all payments involved were settled. The Commissioner shall not sign a building permit where the land was allotted to the World Zionist Organization for planning purposes only.

Connection to Water and Electricity Network

Connections to the Mekorot water network and to the Electricity Company network are subject to a permit from the Water KMT and the Electricity KMT of the Civil Administration, respectively. I found that some of the unauthorized outposts were connected to these networks. I found the Electricity KMT to approve such connections without considering all circumstances. I found that some outposts were granted of such approval, and some were not, with no clear criteria. It is my judicial opinion, that as a rule a permit for electricity connection is not to be granted to an unauthorized outpost, with the exception of a special security need, according to fixed criteria. I believe that water connection permits shall not be granted, and I find it difficult to imagine a case to justify such a permit.

The Minister of Defense shares this view, and he has informed me of his instruction not to connect an unauthorized outpost to infrastructure, including water and electricity networks.

I recommended that the Minister of Defense instruct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil Administration to set criteria, which I suggest, when electricity will be connected. A connection would be the exception. The rule is no unauthorized outpost shall be connected to infrastructure, including electricity or water. These criteria, for connecting an outpost to electricity only when there is a special security need, shall be subject to the approval of the Attorney General. I further recommended legislative amendments, so as to be in accordance with the Israeli Planning and Construction Law and its regulations, which require “Form No. 4” as a precondition for water, electricity and telephone connections.

The Supervising Unit

The Supervising Unit is the Civil Administration’s law enforcement branch, responsible of illegal construction in Judea, Samaria and Gaza. The unit is supposed to supervise Israeli and Palestinian illegal construction. In 1998 the Commander of the Area (the present Chief of the General Staff Ya’alon) has limited the unit’s scope of supervision. The unit was allowed not to supervise settlements within areas in which a valid detailed plan is in force (see response of Chief of the General Staff in sec. 9.1.8). However, the Supervising Unit “stretched” the limitation much more beyond this release, and ceased to supervise at all Israeli settlements in Judea, Samaria and Gaza, regardless of the existence

of a detailed plan. This is one of the reasons why the information the unit holds concerning what actually goes on is lacking. In many cases it has not reported of new neighborhoods, expanded neighborhoods and unauthorized outposts.

However, there are additional reasons for this informative deficiency, that are not the Supervising Unit's responsibility. Among others: the Supervising Unit is short of staff, and so is unable to fully report, real time, on what actually goes on; no aerial photography to trace illegal construction in the territories is taking place for the last 4 years. These are some of the reasons the Civil Administration lacks all the information it needs regarding illegal construction in the territories. Just lately these flights were resumed, but their pace is still unsatisfying.
On 24 January 2005, as a response to my letter, the Minister of Defense has informed me of his instruction to resume photography flights once a month (annex 3 of booklet C).

Destruction orders are not executed: the Supervising Unit issued thousands of destruction orders, according to Illegal Construction Procedure (see chapter 1, Opening Remarks, Definition of Terms - I.C. Procedure), but they were not executed. Apparently, these orders can be executed only at the instruction of the Minister of Defense. Ministers of Defense have avoided for years instructing the execution of destruction orders, except for single cases. I have presented this matter to the current Minister of Defense, Mr. Mofaz (see his response and my position, ibid - chapter 9, sec. 9.1.8).

Therefore, the unit works in vain.

To conclude, the Supervising Unit is insignificant and almost worthless as a law enforcing instrument over unauthorized construction. It fails to produce the benefit it is expected to produce, considering its role.
I recommended to increase the Supervising Unit's staff. The Minister of Defense has informed me of his instruction to resume aerial photography flights monthly, and I find it satisfying. However, a deciphering unit of aerial photography must be established; the Supervising Unit must expand its supervision over the Israeli settlement in Judea, Samaria and Gaza, and not settle with the supervision done so far. I further recommend the Prime Minister to instruct the Minister of Defense to order the execution of valid destruction orders.

Caravan Conveying Permit

The typical way of establishing unauthorized outposts is conveying caravans, placing them on the ground and connecting them to networks. A caravan is "a house on wheels". Its mobility enables establishing a settlement overnight.

Conveying a caravan into and within the territories requires a permit. Placing one on the ground requires a building permit. Therefore, a permit to convey a caravan may be granted only when there is a valid building scheme in force at the caravan's destination, which allows placing the caravan on the ground.

It appears that the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs has approved the conveyance of caravans into the territories, even after informed there is no planning status at its destination. According to the State Comptroller Report and other documents, the former Assistant to Defense Minister did the same.
It also appears that caravans permitted to reach specific places have not arrived at their destination. An inspection in 2004 discovered that 70 out of 111 caravans inspected never reached their destination. In the meanwhile, caravans arrived at unauthorized outposts.

On July 2004 the Minister of Defense Mr. Mofaz ordered to strict the instructions regarding permits to convey caravans. He ordered that IDF soldiers escort caravans with permits, until they arrive at their destination. In spite of this instruction, caravans still arrive at unauthorized outposts.

I was informed that lately the Minister of Defense has stiffen further more the conditions for granting a caravan convey permit. The Minister demands proof of the necessity for a caravan, as a precondition for a conveyance permit.

In spite of the Minister of Defense's positive steps, caravans still arrive at unauthorized outposts.

To illustrate my point, according to “Report on Illegal Sites and Fresh Invasions in Judea, Samaria and Gaza”, between 18 August and 5 December 2004 64 caravans were placed in unauthorized outposts, in spite of the criteria aggravation for conveyance.

I recommended that the terms already set, such as enclosing a valid building permit granted by a planning committee and a legal affidavit clarifying the need for the caravan, will be legislated in security legislation dealing with caravan conveyance permits. I recommend to issue an order requiring the applicant to enclose an aerial photograph of the caravan's destination, a valid detailed plan, and a written approval by the local council engineer assuring the caravan will be placed according to the plan. I further suggested that an applicant for a caravan conveyance permit will be required to deposit guarantees at an amount to be determined, to insure the caravan arrives at its destination and stays there. The guarantees will stand for 18 months after the arrival of the caravan to the Judea, Samaria and Gaza territories. If the caravan is found out of its place, the guarantee will be confiscated.

Setting Fixed Periods for Civil Administration Officials

Officials at the Civil Administration have a difficult duty, which exposes them to hard stress. On the one hand, they have a very broad authority, and on the other hand they have to deal with ideological passionate people. This puts them under pressure and lobbyism for permits and licenses. A lengthy service at these offices may wear them out and harm their functioning (see details and examples in sec. 9.1.11 of the report).

As opposed to the standard custom in IDF, Civil Administration officials remain at office for many years.

I recommend to set fixed periods for managing roles in the Civil Administration.

Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs

The Assistant to Minister unit is subordinate directly to the Minister of Defense. The Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs is the head of the unit. Office directives of the Ministry of Defense define his duties. His roles are mainly - assisting local authorities and settlements by allotting budgets for security purchases; initiating and assistance in security affairs inside settlements; supervising the execution of the Minister of Defense policy regarding settlements in Judea, Samaria and Gaza.

I found that the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs wrote letters to the Settlement Division confirming that specific outposts, that are unauthorized outposts, are independent settlements eligible for budgets and emblems. The Minister of Defense is not an addressee of these letters. Mr. Shechner, Assistant to Defense Minister – Settlement Affairs, has not informed the Minister of these letters. The Minister of Defense confirms he had no knowledge of the letters and of their content.

The Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs claims these letters to engage only with security needs of the unauthorized outposts. I haven’t found any security issues in these letters. However, other requests appear in them, concerning settlement emblems and budgets. It must be clarified, that a settlement is eligible for en emblem only if it has legal planning status. The emblem allows a settlement to receive budgets from the Ministry of Interior Affairs designated for local authorities.

These letters allegedly exceed the Minister Assistant’s jurisdiction. It is not his duty to engage with settlement acknowledgement or budgeting by the Ministry of Interior Affairs.

These letters do not reflect the position of the Minister of Defense nor of the Ministry of Defense, since the Minister has declared at a Knesset committee session that some of the outposts mentioned in Mr. Shechner’s letters are unauthorized outposts. It turns out that the Assistant to Minister of Defense acts contrary to the policy of the Minister of Defense, while his job is to implement the policy of the Minister and the Ministry, and not to create his independent policy, which is opposite to office policy.

These letters were sent as to instruct another authority (the Settlement Division of the World Zionist Organization). It seems the letters are misleading. The Settlement Division waves these letters, claiming them to be approval by the political echelon that the outposts mentioned are authorized, while in fact no authorized political echelon had decided to establish them. One of these letters found its way to Mekorot, but they refused to rely upon it, and did not connect an unauthorized outpost to the water network. A similar letter was presented in a Supreme Court proceeding. See sec. 9.2.2 of the report for the reference of the Supreme Court to this letter.

The Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs also approved conveyance of caravans into the territories, although he was informed their destination has no legal planning status. This means the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs approved conveying caravans to illegal destination. In the meanwhile, the Civil Administration sent its Supervising Unit to issue termination orders, for the purpose of issuing destruction orders, for the same caravans.

The Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs wrote the Settlement Division a letter concerning supplying electricity for circumferential lighting in unauthorized outposts. This is a general direction regarding a principal and problematic question. As I mentioned, in principal, connecting an unauthorized outpost to electricity is illegal. The Minister of Defense had no knowledge of this letter.

It concludes that The Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs has allegedly acted in contrary to the policy of the Minister of Defense and of the Ministry of Defense, exceeding his jurisdiction; instructed other authorities in a manner which could be misleading; approved activities which were known in advance to result in violation of the law.

I have presented all of this information to Mr. Shechner and to the Minister of Defense (see their positions in sec. 9.2.2-4 & 9.1.6). The Minister of Defense has informed me that he was unaware of these letters, and stressed that they were inappropriate. He commented Mr. Shechner on his actions, and instructed him not to issue any more certificates concerning unauthorized outposts.

After considering the matter I have found it still unsatisfactory.

I therefore recommended to consider the necessity of an Assistant to Defense Minister dealing with Settlement Affairs. If there is a need, the office should be fulfilled by a person with no prior obligation to outposts and to the settlement enterprise, so that she can fulfill her roles objectively, following the Minister of Defense instructions.
I further recommended the Prime Minister to deliver the report findings concerning the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs to the Attorney General, in order to examine whether legal proceedings should be taken against him.

Law Enforcement in Judea, Samaria and Gaza

A large part of the report was dedicated to the subject of law enforcement in the territories, with an emphasis on unauthorized outposts.

I find three main reasons for the failure of enforcing the law concerning unauthorized outposts:

A. State authorities, State officials and public authorities were unlawfully involved in establishing the unauthorized outposts.
B. Ineffective law enforcement.

C. Lacking of suitable legislation and legal tools to deal with building unauthorized outposts.

The Legal Treatment of Derivative Offences Accompanying the Establishment of Unauthorized Outposts

Establishing unauthorized outposts involves criminal offences.

The legal treatment may be of two kinds. One - criminal; the other - administrative, by the IDF and the Civil Administration, i.e. removing the invasive caravan or the illegal construction, or evacuating the outpost, etc.
The criminal procedure comes up against many problems. Some because of no suitable legislation. (For example: conveying a caravan without a permit into Judea, Samaria and Gaza is an offence of 5 year imprisonment, but no court has jurisdiction over this offence. The result is criminal cases and investigations running in vain. Illegal construction is not a criminal offence in the territories. As a result, no one is brought to justice because of illegal construction in the territories. Etc.) A different problem is the difficulty in obtaining evidence in Judea, Samaria and Gaza. Another difficulty is the involvement of State and public authorities in breaking the law by establishing the unauthorized outposts.

The administrative procedure requires instructions from the political echelon. No destruction order will be executed without instruction from the Minister of Defense; no unauthorized outpost will be evacuated without a direction from the Prime Minister and the Minister of Defense, etc.

It has been years since Defense Ministers have instructed to execute destruction orders. Thousands of destruction orders are lying still.

Furthermore, no general political instruction to issue delimiting orders against the unauthorized outposts is given (an outpost can be evacuated only after such order is issued). Even outposts which their delimiting orders were approved months ago by the High Court of Justice were not evacuated (six outposts, four of which were previously evacuated and returned).

This gives a clear signal of no law enforcement in the territories.

Security legislation in the territories is the authority of the Commander of the Area. But in fact such legislation requires the support of the political echelon. Especially legislation regulating unauthorized outposts. Security legislation requires extensive amendment. Without such support, this cannot be done.

Over the last few months some work was initiated to amend legislation.

Law Enforcement Regarding Outposts is Mainly in the Hands of the Political Echelon

The conclusion is that, as opposed to Israel, law enforcement in the territories is partially in the hands of the political echelon, especially in the matter of unauthorized outposts.

The Message Given by the Political Echelon Concerning Law Enforcement Regarding Unauthorized Outposts

As far as law enforcement is concerned, the political echelon sends a message of no enforcement, when it comes to the territories. Felons are not punished. The overall picture draws the conclusion that no one seriously wants to enforce the law:

Some of the land confiscation and illegal construction was done with the unauthorized aid of the Ministry of Housing and the Settlement Division, while violating the law publicly; the State of Israel finances at least part of the establishment of unauthorized outposts; the Civil Administration overlooks for years neighborhood expansions, either nearby or far away from settlements, done without a lawful detailed scheme, sometimes over private Palestinian property; does not supervise construction there; refuses to give information regarding outposts, with excuses such as the definition of an outpost, claiming not to have such information because of the limitation of its supervising powers - which it “stretched” as I mentioned way beyond its instructions; the Ministry of Defense sometimes permit caravans to enter Judea, Samaria and Gaza even when there is no legal planning for their destination; Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs certifies other State authorities, that unauthorized outposts are settlements eligible for an emblem (which means eligibility for local authority budgets from Ministry of Interior Affairs), while the Minister of Defense publicly declares them as unauthorized; thousands of destruction orders remain unexecuted for years; the outposts keep increasing and getting thicker, while no delimiting orders are issued, not even regarding outposts mentioned in the March 2001 list, which Israel took upon itself an explicit political obligation to evacuate; delimiting orders issued and approved by the High Court of Justice remain unexecuted (four outposts, plus two more previously evacuated and returned); orders necessary for law enforcement are not legislated, as well as amendments to existing orders.

To this I should add the security concept that wherever an Israeli is placed in the territories - he should be protected. Thus, IDF soldiers will arrive at any place where someone decided to build an outpost, and protect him.
The result is that IDF is unwillingly dragged to give its “seal” to illegal settlements, by being present and protecting the settlers. In its presence, and by protecting law violators, IDF sets the situation, together with these violators. It gives them protection, instead of evacuating them.

Therefore it seems that law violation became institutionalized. We face not a felon, or a group of felons, violating the law. The big picture is a bold violation of laws done by certain State authorities, public authorities, regional councils in Judea, Samaria and Gaza and settlers, while false presenting an organized legal system.

This sends a message to IDF, its soldiers and commanders, the Israeli police and police officers, the settler community and the public.

And the message is that settling in unauthorized outposts, although illegal, is a Zionist deed. Therefore the overlook, the "wink", the double standard becomes it.

This message has a very bad influence - both on the IDF and on the Israeli police.

The Role of IDF in Enforcing Law and the Influence of the Message Coming from the Political Echelon

The IDF soldiers' main mission in the territories is taking care of security. The Israeli police's role is to enforce the law. But sometimes law enforcement becomes IDF's job, for several reasons.

Legally speaking, the Commander of the Area has sovereignty in the territories. This makes him responsible for the overall order and security in the territories. Judea and Samaria (JS) district of the Israeli police is his subordinate.

The overall responsibility is IDF's not only because of formalities. IDF soldiers are the ones who are in fact in the area, as opposed to the small police force of the JS district. IDF is first to witness Israelis breaking the law. The police arrive at the place mostly later on. Sometimes, because of security reasons, the police cannot even get to the scene of the crime. Furthermore, any security event, in which IDF soldiers are involved, can turn out to be a criminal one, and vice versa.

Law Enforcement Procedure in the Territories, which is a part of IDF Commands, gives IDF soldiers the same enforcement powers as policepersons.

But in practice IDF soldiers do not enforce the law, have no knowledge of the Law Enforcement Procedure, and have no interest to function as cops. "The commander spirit", as described to me, sees the settlers' acts building outposts as Zionist deeds, although illegal, and asks them not to inspect such acts through the eyes of the law. This "commander spirit" is nourished by the involvement of State authorities and public authorities in establishing unauthorized outposts (see sec. 10.3 of the opinion for details on IDF officers' statements in this matter).

The failure to execute delimiting orders gives a good example of the lack of enforcement coming from the political echelon. This is a matter of special severity, because it is not a case of neglect, but rather a process of enforcement that stopped after the Supreme Court approved the enforcement.

The attitude towards law breaking settlers is mostly forgiving. The result is a large increase in law violations (see details in sec. 10.5 of the opinion).

I might add that high ranked officers told me that the deterioration of the security in the territories over the last few years, plus the intensive occupation of IDF soldiers in defense missions, were sometimes abused by settlers to increase settling in unauthorized outposts.

Judea and Samaria (JS) District of the Israeli Police

The Israeli police find it difficult to handle the ongoing law violation, done also by State and public authorities. It might be added that the Israeli population in the JS district is partly hostile to the police and uncooperative. Sometimes harsh hostile actions are taken against police officers. For instance, young children throw eggs and even stones at police officers. Above all this, the JS staff is very small, and some of them are sometimes sent to other districts, to handle enforcement difficulties over there (see in detail - sec. 10.6 of chapter 10).

When dealing with land disputes, which are relevant to the unauthorized outposts phenomenon, JS police officers find it hard to collect necessary evidence. In order to accuse of trespassing, it needs to prove who holds the land, and sometimes who owns it. Most of the lands in Judea, Samaria and Gaza were not regularized, and therefore it is difficult to show ownership. Proving possession is also problematic.

Another difficulty is land law in the territories. It is based on Ottoman, Jordanian, and sometimes Mandatory sources, and on security legislation in the territories. This complexity is very difficult for JS police. In fact, its ability to handle it is minimal. This is part of the reason why legal proceedings were almost never taken against trespassers who unlawfully took over Palestinian property.

Summary of the Law Enforcement in the Territories Chapter

Almost all senior officials who I talked with, in the Ministry of Defense, IDF and the Israeli police, believe that the major difficulty with enforcing law in the territories, regarding unauthorized outposts, is the mixed message sent by Israeli governments along the years to executive echelons, both security and civil. As soon as the government decides upon a clear policy, this reality will stop and a solution will be found.

I recommend a change of the political message, by giving immediate instructions to the relevant offices, as I proposed; by making the necessary government resolutions; by evacuating those unauthorized outposts which legally may be evacuated; by issuing delimiting orders against unauthorized outposts; by instructing the Commander of the Area to initiate execute a legislative reform in security legislation, as I proposed; by allotting the necessary budgets to increase enforcement.

Reform Proposal in Security Legislation Concerning Law Enforcement in the Territories

I propose a legislative reform in security legislation in the territories. In the past few months the Legal Adviser to Judea, Samaria and Gaza, IDF International Branch and the Deputy Attorney General (Consulting) Mr. Mike Blass are engaged in preparing

proposals for changes in security legislation in the territories. My proposals are partly based, among other sources, upon their work. These are the main proposals:

A. AMENDING SECURITY LEGISLATION - ORDER CONCERNING UNAUTHORIZED BUILDINGS (TEMPORARY PROVISION) 1539.. THIS IS THE MAIN LEGAL TOOL USED TO EVACUATE UNAUTHORIZED OUTPOSTS. I PROPOSE CHANGING THE PUNISHMENT FOR VIOLATION, BY SETTING A SUBSTANTIAL IMPRISONMENT PUNISHMENT AND A BURDENSOME PENALTY. IN ADDITION, AN AUTHORIZED COURT MUST BE DETERMINED, TO WHICH ISRAELIS CAN BE BROUGHT (SEE THE FOLLOWING KNESSET LAW PROPOSAL).

B. As for evacuation of outposts - the existing legislations seems sufficient. If future evacuation encounters legal difficulties, an alternative way to solve it may be considered.

C. AMENDING SECURITY LEGISLATION BY ADDING PROVISIONS ENABLING CONFISCATION AND REMOVAL OF CARAVANS, PLACED ON THE GROUND OR CONNECTED TO INFRASTRUCTURE, THROUGH A QUICK ADMINISTRATIVE PROCEDURE, WITHIN A FIXED PERIOD OF TIME.

D. Amending security legislation - Adding to the following requirements for a caravan conveyance permit:
(1) A caravan conveyance permit shall be granted only after a valid building permit to place the caravan in its destination is presented; an aerial photograph of the caravan's destination is displayed; a valid detailed building scheme is presented; and a written approval by the local council engineer assuring the caravan will be placed according to the scheme.
(2) The petitioner for the permit must deposit an 18-month guarantee to insure the caravan arrives at its destination and stays there.
(3) The petitioner for the permit shall clarify, in a written legal affidavit, the necessity in conveying the caravan.

E. AMENDING SECURITY LEGISLATION IN ORDER TO EXTEND AUTHORITIES FOR TREATMENT OF ILLEGAL INVADERS TO PRIVATE PROPERTY. THE GOAL IS TO SUPPLY WITH EFFECTIVE PROTECTION AGAINST UNLAWFUL INVASION TO PALESTINIAN PRIVATE PROPERTY.

F. Amending the Jordanian Planning and Construction Act, by supplementing provisions, as similar as possible to Israeli legislation regarding "Form No. 4" as a precondition for connecting a building to water and electricity networks.

G. AMENDING THE JORDANIAN PLANNING AND CONSTRUCTION ACT, SO THAT BUILDING WITHOUT PERMIT IS A CRIMINAL OFFENCE. IT SHALL BE DETERMINED WHICH COURT IS AUTHORIZED TO JUDGE SUCH OFFENCES; AND PROSECUTORS SHALL BE AUTHORIZED.

H. Amending security legislation concerning limitations on construction in the territories, due to some incompatibility to government resolution 150.

Knesset Legislation

I propose to amend sec. 2(a) of the Law Concerning the Extension of Validity of Emergency Regulations (Judea, Samaria and Gaza - Judgment of Offences and Legal Aid), 1967, in order to allow the prosecution of an Israeli who violated a law in the territories that is not an offense inside Israel, such as entering caravans into the area and conveying it not according to a permit; violation of a prohibition to enter closed military area; violation of a delimiting order according an order regarding unauthorized buildings, etc.

This is a vital and immediate amendment, since there is almost no legal way to prosecute an Israeli who violated the abovementioned (and more) laws in the territories. Alternatively, amending security legislation in order to allow prosecuting Israelis in local courts.

As mentioned above, the following is the full recommendation chapter in the opinion. It is followed by the conclusion chapter.

Chapter Twelve

Recommendations

12.1 Organizational Recommendations
12.2 Amendments to Existing Government Resolutions and New Resolutions
12.3 Administrative Instructions to State Authorities Regarding Unauthorized Outposts
12.4 Knesset Legislation Proposals
12.5 Reform in Security Legislation
12.6 Recommendations for the Attorney General

Preface

While writing the opinion I decided to integrate relevant recommendations in every chapter. This does not make a recommendations chapter unnecessary. This recommendations chapter includes the same integrated recommendations, for convenience, and adds further recommendations. Aside the new recommendations, I explained why they are needed.

These are my recommendations.

12.1 Organizational Recommendations

12.1.1 Establishing a Coordinative and Instructive Directorate Regarding Outposts

One of the difficulties emerging from this report is the absence of one body which coordinates and instructs the different authorities regarding unauthorized outposts. One of the reasons for the systematic failure in the matter of unauthorized outposts is the fact that authority is given to many bodies. The bounds of jurisdiction are not clear; different bodies handle the same matters uncoordinated; relevant facts are inaccessible being only in the possession of the Civil Administration, in an unorganized and unsystematic manner. In fact, the qualified authorities, supposed to examine this information and decide upon it, do not have it; the connection between the executive and the political branches is inappropriate, and there is no clear guidance from one authoritative body. This harsh situation demands actions. Some of which are:

A central body must be established. It will guide and instruct all other bodies, coordinate them, and certify some of their actions. This body shall hold all information concerning Israeli construction in Judea, Samaria and Gaza, including up-to-date aerial photographs, full data on authorized and unauthorized schemes, titles in land, information about obligations made regarding land allotted, and more.

This coordinative and instructive body will be subordinate to the Prime Minister, and coordinated with the Minister of Defense.

The jurisdiction and authority of all bodies involved in this matter must be clearly defined.

It must be clearly instructed: which actions are completely prohibited, and which are allowed on discretion. Such discretion must be evident, equal and general. Ad hoc decisions, with no clear criteria or reasons, will not be acceptable any more.

The instructive body will check the implementation of government resolutions and this opinion’s recommendations, if accepted.

The instructive body will examine money transference to the territories and to Israeli settlements and make sure it doesn’t end in unauthorized outposts;

The instructive body will check whether the bodies and authorities mentioned in this opinion have ceased their illegal or improper activity, as mentioned above.

As for this body’s jurisdiction and operating mechanism, I recommend an inter-official team, to present to you a detailed proposal.

12.1.2 Distributing the List of Unauthorized Outposts to the Ministries

I recommend the distribution of the unauthorized outposts list to all government Ministries. They will be instructed not to take any illegal action, according the Attorney General direction of April 2004.

12.1.3 Budgets for Law Enforcement in the Territories

A. The staff at the Supervising Unit of the Civil Administration must be reinforced, in order to actually supervise the illegal Israeli construction in the territories. The Head of the Civil Administration, together with the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Legal Adviser to Judea & Samaria will prepare a proposal for the additional staff needed.
B. The proposed changes in security legislation requires new prosecutors to handle illegal construction offences in the territories (I believe three prosecutors are needed).
C. Additional staff is needed at the Legal Adviser to Judea & Samaria Bureau – in order to increase the involvement of the Legal Adviser staff in planning and licensing committees and other Civil Administration committees, to support the amendments to security legislation with the necessary legal advice, and to prepare the State's and the other authorities' responses in High Court proceedings. I believe 3 solicitors must be added for this.
D. Additional staff is needed for the Judea & Samaria Police District, to enable more effective law enforcement. Alternatively, as the Chief Inspector of the Police suggested, Magav police officers posted in Judea, Samaria and Gaza for special operations can be added to the JS District police force.

These changes require budgeting, and I recommend so.

12.2 Amendments to Existing Government Resolutions and New Resolutions

12.2.1 I recommend the abolishment of resolution 175, to be replaced by the following one:
This resolution concerns establishing and expanding settlements in Judea, Samaria and Gaza

A. The establishment of a new settlement or the building expansion of a settlement in the Judea, Samaria and Gaza territories (hereinafter: "expansion"), which was established by a government or a Settlement Minister Committee resolution - requires a government resolution.
B. An expansion of the jurisdiction of a regional, aerial or city council or of a settlement in Judea, Samaria and Gaza - requires a government resolution.
C. A settlement established according to a government or a Settlement Minister Committee resolution, and neighborhoods or buildings were unlawfully built nearby, no expansion is to be executed nearby such buildings until it is decided what will become of them.
D. The Minister of Defense shall not grant a planning permit, and a planning committee shall not consider a scheme before presented the appropriate approvals of the political echelon, as required according to this resolution.

12.2.2 Amending Resolution 150 of 1996

I propose some amendments to this resolution.

The resolution is as follows:

"a. With respect to settlement within Judea, Samaria and Gaza… government Ministries shall act as follows, subject to the authorities of the security system and the Minister of Defense in this field, and in the framework of the approved State budget's sections, according to the instructions of the Prime Minister.

b. Any new licensing of planning and State land allotment for construction in the areas is subject to the approval of the Minister of Defense.

c. Planning committees in the areas shall not consider a contour scheme before the approval of the Minister of Defense. Such scheme shall be valid only at the Minister's approval.

d. The above provisions shall be implemented in security legislation in Judea, Samaria and Gaza.

e. This resolution replaces resolution 360 of 22 November 1992…

f. Following the above mentioned: all matters of overall policy regarding settlements, road paving and proposals for establishment of new settlements will be brought to the discussion and resolution of the government."

These amendments must be made:

A. Application of Resolution 150 to Allotments Prior to 1996

This resolution does not consider old land allotments, prior to 1996, made to the Zionist Organization and to other settling bodies and were not yet sub-allotted to others. Indeed, I recommended the abolishment of all allotments made by the Commissioner to the Zionist Organization and not yet sub-allotted to others.

I do not know whether this recommendation is accepted. I also know there are other settling bodies. I do not know if they land were allotted to them and not yet sub-allotted to others.

Therefore, in addition to my recommendation regarding the Settlement Division, I recommend the amendment of resolution 150, in accordance with its purpose: land allotted prior to the 1996 resolution shall not be sub-allotted, unless it is so permitted by the Minister of Defense.

I therefore propose the following government resolution:

Any land allotment made by the Commissioner of Government and Deserted Property of the Civil Administration to a settling body before government resolution 150, where the land has not yet been allotted by the settling body to others - shall immediately be abolished, and the land shall return to the Commissioner.

Government resolution 150 (and other resolutions if to be made following this opinion) will apply to such land returned to the Commissioner.

B. Land Allotment for Purposes Other Than Construction

Government resolution 150 deals only with land allotments for construcion purposes:

b. Any new licensing of planning and State land allotment for construction in the areas is subject to the approval of the Minister of Defense.

Therefore it seems that the resolution does not apply to land allotment for agricultural purposes. This allows the Zionist Organization to allot lands for agricultural purposes without the approval of the Minister of Defense.
We have already witnessed how land allotted for agricultural purposes then becomes a place for building agricultural farms, and one day an unauthorized outpost appears on it.

One of the claims of such settlers is that they are not invaders, since the World Zionist Organization was the one who allotted their land.

I propose an amendment to government resolution 150, so that any allotment of any kind, either for construction, agricultural or any other purpose, is subject to the approval of the Minister of Defense.

I therefore suggest the following government decision:

Amending resolution 150:

Sub-section b shall be replaced as follows:

b. Any land allotment, either for construction, agricultural or other purposes, and any new licensing of planning, regarding State land in the areas, is subject to the approval of the Minister of Defense.

12.2.3 Government Resolution Regarding the Settlement Division of the World Zionist Organization

A government resolution shall be made ordering the Settlement Division:

a. To abolish all land allotments held by the Settlement Division and not yet allotted to others, if there are any, and return it to the Commissioner of Government and Deserted Property of the Civil Administration (hereinafter: the Commissioner). The Commissioner shall make a similar examination.
b. To abolish all land allotments made to the Settlement Division, and allotted by it to others violating its permit.
c. To abolish all land allotments made by the Settlement Division to others, and are still unused, and return it to the Commissioner.
d. To abolish all land allotments upon which unauthorized outposts were established, and return it to the Commissioner.

e. To cease any activity of the Settlement Division in the territories, unless the Government authorizes ad-hoc the Division as a settling body for the purpose of establishing or expanding a specific settlement in Judea, Samaria and Gaza, that the Government has decided to establish or expand.

f. The Ministry of Finance shall modify the Settlement Division budget in light of the necessary changes resulting this resolution.

g. The Ministry of Finance shall check whether budgets transferred so far to the Settlement Division are directed according to this resolution.

h. The Settlement Division must make every effort to settle the contractual relations between the Commissioner and the settlers in Judea, Samaria and Gaza, regarding land allotted to the World Zionist Organization.

In addition, even if these recommendations or parts thereof are not accepted, it shall be decided:
The Settlement Division shall not purchase generators nor supply them to unauthorized outposts.

12.2.4 Government Resolutions Regarding the Ministry of Construction & Housing

Regarding planning, budgeting and establishing unauthorized outposts and/or buildings

a. The Ministry of Construction & Housing shall not plan a settlement, a neighborhood or any building in Judea, Samaria and Gaza, before running a thorough examination concerning the interests in the lands designated for planning.

b. The Ministry of Construction & Housing shall not plan the establishment of a settlement or a neighborhood without a decision of the political echelon.

c. The Ministry of Construction & Housing shall not plan an unauthorized outpost post factum.

d. The Ministry of Construction & Housing shall not plan, budget or build in lands that are not State lands. For the avoidance of doubt, the Ministry of Construction & Housing shall never take any action mentioned above in survey lands or in private Palestinian property.

e. The Ministry of Construction & Housing shall establish a data base with all the information concerning titles to land in Judea, Samaria and Gaza. This data base shall be accessible to all of the Ministry’s departments, including the Rural Building Administration.

f. The Ministry of Construction & Housing shall not finance nor built in Judea, Samaria and Gaza, either directly or through others, without first getting a building permit.

Regarding future purchase of caravans for Judea, Samaria and Gaza

Any purchase of caravans designated for the territories is equal to an approval for building houses in the territories. Therefore, any future purchase, by the Ministry of Construction & Housing or by any other Ministry, of caravans designated to the Judea, Samaria and Gaza territories, is subject to the approval of both the Prime Minister and the

Minister of Defense, prior to the publication of a tender for their production or acquisition.

12.2.5 Government Resolutions Regarding the Jurisdiction of the Minister of Defense and the Civil Administration

Initiating land survey procedure in Judea, Samaria and Gaza

(1) No application to declare survey lands as State lands, according to land survey procedure, shall be submitted, and no such application submitted in the past shall be examined, regarding unauthorized outposts if a delimiting order concerning them were issued according to the Order Concerning Unauthorized Buildings (Temporary Instruction) 1539.
(2) No application to declare survey lands as State lands, according to land survey procedure, shall be submitted, and no such application submitted in the past shall be examined, regarding lands on which unauthorized outposts are located, unless Government has decided to examine the possibility of turning the unauthorized outpost into an acknowledged settlement.
(3) No application to declare survey lands as State lands, according to land survey procedure, shall be submitted, and no such application submitted in the past shall be examined, unless Government has previously decided to establish an Israeli settlement in the same area.
(4) No application to initiate land survey procedure shall be submitted without the approval of the Minister of Defense or his Deputy. They may not delegate their authority.

An application according to land survey procedure shall not be promoted if the land is already examined by the Civil Administration, unless the Minister of Defense approves such promotion, and further certifies that this government resolution is implemented regarding it.

Acquisition of Land by Israelis in Judea, Samaria and Gaza

Acquisition of Land by Israelis in Judea, Samaria and Gaza requires the written approval of the Minister of Defense. The Minister of Defense may delegate this authority only to his Deputy.

The Order Concerning Land Transactions (Judea & Samaria) (No. 25), 1967 shall be amended so that the government resolution is implemented in security legislation.

12.3 Administrative Instructions to State Authorities Regarding Unauthorized Outposts

12.3.1 Instructions for the Ministry of Construction & Housing

Regarding planning of unauthorized outposts

The Minister of Construction & Housing shall be instructed to immediately cease further planning of unauthorized outposts in Judea, Samaria and Gaza, which are still in planning procedures. Since some of the planning is done by free lance architects, the Legal Adviser to the Minister, with the guidance of the Ministry of Justice, shall check for legal possibilities to cancel the contracts at the minimum cost for the State.

The Ministry of Construction & Housing shall receive a qualified unauthorized outposts list, to be updated from time to time. The Director General of the Ministry shall deliver the list to all branches of the office, especially to Rural Building Administration.

Regarding caravans purchased by the Ministry of Construction & Housing in 2003

The caravans shall not be delivered to others before determining criteria for their disposal. Only after appropriate criteria are set, and contracts are signed with their recipients, and payment arrangements to the Ministry are determined, to the satisfaction of the Legal Adviser of the office, the caravans may be rented or sold to third parties.

The Ministry shall demand the return of the caravans delivered to aerial councils in Judea, Samaria and Gaza.
The Legal Adviser of the office, with the guidance of the Attorney General, shall determine the appropriate legal manner to restore the caravans to the Ministry of Construction & Housing. They shall also determine the appropriate legal manner to demand and receive appropriate payment from these aerial councils or third parties the caravans were delivered to, for the period of possession.

12.3.2 Instructions for the Minister of Defense

I recommend the following instructions to the Minister of Defense:

Regarding allotment of lands by the Commissioner to settling bodies

a. I recommend the following instructions to the Minister of Defense:

Regarding new allotments:

(1) The Minister of Defense shall instruct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil Administration to cease the allotment of lands at this point.
(2) The Minister of Defense shall instruct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil Administration to initiate a serious examination concerning interests in the land to be allotted. No land shall be allotted if it is not State land.
(3) A new allotment decision shall be made only at the written approval from the Head of the Civil Administration to the Commissioner, that the land was reexamined, and after a new up-to-date examination the land was found to be State land. Without such a written approval, the Commissioner shall not allot lands.

Regarding old allotments:
(4) The Head of the Civil Administration shall be instructed to systematically examine all lands previously allotted by the Commissioner to settling bodies, including the Settlement Division, to determine whether the land is State land.

If the land is found not to be State land, any usage or plan thereof is to be prohibited.

b. Instructing Planning Committees

(5) The Head of the Civil Administration shall instruct planning committees not to approve any scheme for Israeli settlement unless a reexamination proved the relevant land to be State land. The Head of the Civil Administration shall certify that such a reexamination has taken place.

c. Setting Criteria for Land Allotment

(6) The Head of the Civil Administration, together with the Legal Advisor to Judea and Samaria, the International Law Branch of the IDF, and the Military Attorney General shall set criteria for the allotment of lands for various purposes. These criteria are subject to the approval of the Minister of Defense. The Attorney General may also approve the criteria, if he wishes to do so.

Regarding the requirement for the Commissioner's signature on the building permit as the owner
I recommend an instruction the Minister of Defense, to direct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil Administration as follows:

a. A planning committee may not consider a building permit application and may not issue a building permit regarding State land, without a written approval of the Commissioner of Government and Deserted Property.
b. The Commissioner shall sign a building permit only after contractual relations were made between the Commissioner and the Division of the World Zionist Organization, and between the Commissioner and the settlers, and only after all payments involved were settled.
c. The Commissioner shall not sign a building permit where the land was allotted to the World Zionist Organization for planning purposes only.

Regarding the requirement for a written approval from the political echelon for considering a scheme
The Minister of Defense shall instruct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil Administration to direct planning committees not to consider a scheme unless presented with a certified political echelon resolution to establish a new settlement or to expand an existing one.

The certificate is required both for the construction applied for, and the expansion of the bounds of jurisdiction.

Building permit for an Israeli according to a Mandatory plan

a. The Minister of Defense shall instruct the Commissioner, that the latter shall sign from now on any application of an Israeli for building permits according to a mandatory plan regarding State lands. The Commissioner must first receive the approval of the Minister of Defense.
b. The Minister of Defense shall instruct the Coordinator and the Head of the Civil Administration to direct license committees not to consider applications for building permits without the written approval of the Commissioner on the application.
c. The Commander of the Area shall be instructed to order that license committees may grant building permits according to a mandatory plan only to Israelis who submit an approval by the Area Commander for such permit.

Regarding the connection of unauthorized outposts to electricity and water networks

a. The Minister of Defense has instructed, as a general rule, that no unauthorized outpost may be connected with electricity. Nevertheless, the Minister of Defense shall instruct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil Administration to propose criteria for exceptions, in which unauthorized outposts shall be connected to electricity, and only when there is a special security need, and subject to the approval of the Head of the Civil Administration.

The Attorney General may review and approve these criteria.

As for connecting an unauthorized outpost to water, the Minister of Defense is of the opinion that no such connection shall be done. This is his general instruction, and I find it satisfying.

b. The unauthorized outposts list, which will be updated from time to time, shall be delivered to the Coordinator of Government Activities in the Territories and to the Head of the Civil Administration. They shall instruct the Electricity and Water Staff Officer not to approve of electricity or water connections to an unauthorized outpost. Where the Water or Electricity Staff Officer is uncertain whether the outpost is unauthorized, he must receive in advance an approval from the Head of the Civil Administration himself, for the connection.

c. The Ministry of Defense shall inform the Director of the Electricity Company and its Jerusalem District Director, as well as the Director of Mekorot and its Center District Engineer, of these instructions, and send them the unauthorized outposts list.

d. In case of an unauthorized outpost connected illegally to the electricity network of an acknowledged settlement, the Minister of Defense shall instruct the Head of the Civil

Administration to cut off such connection through the Supervising Unit and Electricity Staff Officer.

Regarding conveyance of caravans

I recommend instructing the Minister of Defense to regulate by the Order Concerning Transference of Goods (1252) and by the Caravan Conveyance Procedure the following provisions (if they are not yet regulated):

1. A precondition for receiving a caravan conveyance permit shall be: presenting a valid building permit issued by a planning committee, which will be attached to the application; presenting an aerial photograph of the caravan's destination, a valid detailed plan, and a written approval by the local council engineer assuring the caravan will be placed according to the plan.
2. In every application for caravan conveyance permit, the Civil Administration and the Coordinator shall examine whether the building permit was legally issued, and whether the caravan is to be located according to the plan. They shall submit their written opinion to the Minister of Defense.
3. A petitioner for a caravan conveyance permit shall clarify, in a written legal affidavit, the necessity in conveying the caravan into the territories.
4. A caravan conveyance permit shall be conditioned, as suggested in section 5 as follows.
5. An applicant shall deposit a guarantee to insure the caravan arrives at its destination and stays there. If one of the conveyance permit provisions is violated within 18 months after the arrival of the caravan to the Judea, Samaria and Gaza territories, the guarantee will be confiscated.
6. The Commander of the Area shall determine the amount of the guarantee by issuing an order.

Regarding the Supervising Unit of the Civil Administration

I recommend instructing the Minister of Defense to direct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil Administration as follows:

1. To define the supervising jurisdiction of the Supervising Unit as including the Israeli settlement in Judea, Samaria and Gaza in these places: the Supervising Unit shall supervise any area of Israeli settlement that a building permit cannot be issued in by the power of a detailed scheme; the Supervising Unit shall supervise any area where construction is done in contrary to the destination of the land. The Head of the Civil Administration shall regulate, with the approval of the Minister of Defense, supervising rules according to these instructions, for the Supervising Unit.
2. To considerably increase the Supervising Unit's staff, in light of its unit's deployment.
3. Since the Minister of Defense has agreed that aerial photography flights will take place once a month, a responsible body shall be determined to execute this instruction. The photographs will be delivered to a deciphering unit, and shall be used by the

Supervising Unit as an important tool for receiving information from the ground. The information gathered shall be delivered regularly to the Coordinator of Government Activities in the Territories and to Mr. Shpigel, Assistant to Defense Minister.

Regarding the execution of destruction orders

The Minister of Defense shall be instructed to examine all destruction orders valid today. He shall be instructed to execute all valid destruction orders, and to coordinate the implementation of existing delimiting orders.

A permanent forum shall be established for discussion, follow-up and supervision of the execution of destruction orders, headed by the Head of the Civil Administration.

Regarding regularization of planning status according to section 34a of the Jordanian Planning and Construction Law and granting caravan conveyance permit based upon it

I recommend instructing the Minister of Defense to regulate the abovementioned rules he has set (sec. 9.1.10) concerning the use of section 34a of the Planning and Construction Law. I recommend regulating an additional requirement for a legal affidavit clarifying the need for a building permit and the urgency for it.

Regarding setting fixed periods for Civil Administration officials

The Minister of Defense shall be instructed to direct the Coordinator of Government Activities in the Territories and the Head of the Civil Administration to set fixed periods for managing roles in the Civil Administration, in coordination with the Civil Service Commission.

Regarding the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs
I recommend considering whether there is a need for the office of an Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs. If you decide there is a need, please consider instructing the Minister of Defense to appoint in the future someone who is objective and uncommitted to a particular sector.

12.4 Knesset Legislation Proposals

Amending section 2(a) of the Law Extending the Validity of Emergency Regulations (Judea, Samaria and Gaza – Judgment of Offences and Legal Aid), 1977

I have proposed legislation regulating the prosecution of an Israeli who has committed the offence of conveying a caravan without a permit (or not according to a permit); and the prosecution of an Israeli who violated the Order Concerning Unauthorized Buildings (Temporary Instruction) 1539; and Israeli who violated a closed military area order; entering A zone without a permit; transferring dangerous materials without a permit.

Therefore I propose amending section 2(a) of the Law Extending the Validity of Emergency Regulations (Judea, Samaria and Gaza - Judgment of Offences and Legal Aid), 1977, by supplementing section 1a to the abovementioned section 2(a), as follows:

“In addition to any other law, Israeli courts are authorized to judge an Israeli for any action or omission done within the area if it were an offence according to security legislation in the area, and it is enlisted in the supplement”.

The supplement shall include offences according to security legislation, which are not considered offences in Israel. With no appropriate legislation - it is impossible to prosecute. For example: conveying caravans in Judea, Samaria and Gaza without a permit, a violation of the regulations concerning conveyance of movable buildings issued by the power of the Order Concerning Transference of Goods; Order Concerning Unauthorized Buildings (Temporary Provision) (1539); entering a sealed military area, a violation of the order concerning security instructions; conveying flammable material within the area to A and B zones with no permit, delivering flammables to the area and conveying them inside it, without a permit according to Regulations Concerning Transference of Goods (Conveying Flammables into A & B Zones) (Judea, & Samaria), 2002, issued by the power of the Order Concerning Transference of Goods.

12.5 Reform in Security Legislation

I propose reform in security legislation, which these are part of:

A. Regarding evacuation of outposts - the existing legislation seems sufficient. At this time there is no need for alternative legislation.

B. Amending the punishment provision of the Order Concerning Unauthorized Buildings (Temporary Provision) 1539. A specific punishment shall be set for violating this order. There should be a substantial imprisonment punishment and a burdensome penalty.

C. Amending the Jordanian Cities Villages and Buildings Planning Law, Temporary Law 79 of 1966, so that building without permit is a criminal offence. An authoritative court is set and prosecutors authorized.

D. Amending the Jordanian planning and building law, in order to apply a similar arrangement as the Israeli need for “Form No. 4” as a precondition for connecting a building to water, electricity and telephone networks. Provisions as similar as possible to section 157a of the Planning and Construction Law, 1965 and to section 5 of the Planning and Construction Regulations (Permits for Electricity, Water and Telephone Services), 1981 shall be legislated.

E. Amending the Order Concerning Transference of Goods No. 1252, 1978 and Regulations Concerning Transference of Goods (Caravan Conveyance), to allow confiscating a caravan placed on the ground or connected to infrastructure and removing it without the need for a judicial process, within a fixed period of time.

F. I further suggest supplementing conditions for a caravan conveyance permit, to the Order Concerning Transference of Goods No. 1252: (1) No caravan conveyance permit may be granted unless a valid building permit to place the caravan in its

destination is presented; an aerial photography of the caravan's destination; a valid detailed plan; and a written approval by the local council engineer assuring the caravan will be placed according to the plan. (2) The petitioner shall clarify, in a written legal affidavit, the necessity for the caravan. (3) The applicant shall deposit an 18-month guarantee to insure the caravan arrives at its destination and stays there.

G. Legislation granting more extensive powers to handle illegal invaders to private Palestinian property, by amending the Order Concerning Removal of Invaders (1472).

H. Amending the Order Concerning Approval of Planning and Construction Proceedings (No. 1445) (hereinafter: "Building Procedure Approval Order"), which validated government resolution 150 of 1996, according to security legislation.

I. The Order Concerning Land Transactions (Judea & Samaria) (No. 25), 1967 shall be amended. Acquisition of land by Israelis in Judea, Samaria and Gaza territories shall require the written consent of the Head of the Civil Administration.

12.6 Recommendations for the Attorney General

Legal Measures

Ministry of Construction & Housing officials and others involved

I recommend delivering all the information gathered in this report to the Attorney General, in order to consider legal measures against State officials and others who were knowingly acted against the law, regarding the establishment of unauthorized outposts and the caravan affair in the Ministry of Construction & Housing, including all aspects of publishing the tender for caravan production, the winning bid, the conveyance of caravans into unauthorized outposts, and any other matter concerning the caravan affair.

As for the Assistant to Defense Minister - Settlement Affairs:

I recommend delivering all the gathered information concerning the function of the Assistant to Defense Minister – Settlement Affairs to the Attorney General, in order to consider legal measures against him.

Recommendation for Government Resolution to be Drafted by the Attorney General

I recommend the Attorney General draft a government resolution concerning budgeting a favored project: When a government office wishes to budget some special project out of special funds, and this project gives priority to one sector over others, the Ministry must set the criteria for such budgeting, and make them public.

Expanding the Jurisdiction of the Prof. Eyal Zamir Committee Regarding First registration

The Attorney General shall consider expanding the jurisdiction of the committee, to examine possible ways to prevent settlers who took unlawful possession of land from

gaining title to it by labor and possession, according to sections 78 & 20 of the Ottoman Land Law.

Conclusion

The reality revealed is difficult.

For years Israeli governments have dismantled of their roles, not formally but in fact, and left the scene for the executive echelon. Instead of the government deciding on establishing settlements in Judea, Samaria and Gaza, others took its place, beginning in the mid nineties:

The “engine” behind a decision to establish outposts are regional councils in Judea, Samaria and Gaza, settlers and activists, imbued with ideology and motivation to increase Israeli settlement in the Judea, Samaria and Gaza territories. Some of the officials working in the Settlement Division of the World Zionist Organization, and in the Ministry of Construction & Housing, cooperated with them to promote the unauthorized outposts phenomenon. These actions were apparently inspired by different Ministers of Housing in the relevant times, either by overlooking or by actual encouragement and support, with additional support from other Ministries, initiated either by officials or by the political echelon of each Ministry.

The result was that the executive echelon, so to speak, became the deciding echelon, with no authorization, in contrary to government resolutions, baring no political or public responsibility, which by nature of things rests upon the political echelon.

All of this with massive financing by the State of Israel, with no appropriate transparency, no criteria.
The establishment of unauthorized outposts violates standard procedure, good governing rules, and especially an ongoing bold law violation.

Furthermore, the State authorities speak two voices. Sometimes grant, and sometimes prevent. Rules have become flexible. One hand builds outposts, the other invests money and force to evacuate them.

These actions were not done by individuals only. The problem is State and public authorities took part in breaking the law. They are the ones who financed construction without a resolution by the political echelon, in contrary to government resolutions, with no legal planning status, sometimes not on State owned land, sometimes on private Palestinian property or on survey land.

State authorities and public authorities broke the laws, regulations and rules made by the State.

The IDF, who has sovereignty in Judea, Samaria and Gaza, and is responsible for peace and security, and the Israeli police, who is responsible of law enforcement in these

territories - both fail to stand up to their missions. Law enforcement bodies cannot act against State authorities breaking the law. They cannot handle a mixed message, that the outposts are illegal but encouraged by the authorities.

The security concept, that wherever there is an Israeli person - IDF will be there to protect him, resulted in a very sad reality. Therefore, any settler who places his home wherever he chooses, even if unauthorized and against the law - gains the protection of the army. The outcome is that the settlers are the ones who set the army's deployment in the territories, not the army. Everyone is king. In order to protect one outpost, forces must be taken out of other places. The forces are not unlimited, and so the security level drops down.

The protection supplied by IDF to unauthorized outposts, its mere existence there, drags it unwillingly to give its "seal" to unauthorized outposts.

And as if all this is not enough, the law enforcement tools in Judea, Samaria and Gaza is lacking. The security legislation does not support law enforcing bodies with the necessary tools to handle law violations regarding unauthorized outposts. Long time needed legislation was not done, even though the bodies involved are well aware of it. A certain change appears, maybe, in the last few months.

The State of Israel is a democratic state. This is what the Declaration of Independence and the Basic Laws teach us. This is the glue that sticks all its citizens together, allows them to live together in one political entity.
Democracy and the rule of law are two inseparables. One cannot exist without the other.

The reality drawn up in this opinion shows that all of these deeds seriously endanger the principal of the rule of law. Even though the outposts are built in the Judea, Samaria and Gaza territories and not in Israel, the settlers and the authorities who take part in their establishment are Israeli. A continuing, bold, institutionalized law violation undermined the rule of law. When law violations become standard behavior it tends to spread into other areas.

The Jewish settlement in the Judea, Samaria and Gaza territories is a matter in great dispute in Israel. Some support it passionately, others oppose it. Settlement policy in the Judea, Samaria and Gaza territories is should be decided on by an elected government.

But any government policy must obey the law. All officials and politicians are governed by law.

The actions described are not a matter of political view. It is a matter of law enforcement, a question of the rule of law.

In order to maintain the democratic regime of Israel, urgent measures must be taken to change the reality I have described. It can no longer be accepted. It must be reformed, and I believe you have the power to do so.

I therefore suggest to implement my recommendations.

Talya Sason, Adv.
Cc: Attorney General

חוות דעת (ביניים)

בנושא

מאחזים בלתי מורשים

מוגש לראש הממשלה מר אריאל שרון, ע"י טליה ששון, עו"ד.

<u>תוכן עניינים</u>

פרק ראשון: פתח דבר

1.1 מבוא דיוני

1.2 הערות מקדימות

1.3 הבהרת מושגים

פרק שני: מבוא – תמצית הממצאים, המסקנות וההמלצות

2.1 הרקע להקמת המאחזים הבלתי מורשים

2.2 התנאים ההכרחיים להקמת יישוב באיו"ש

2.3 מאחזים בלתי מורשים

2.4 מספר המאחזים ונתונים אודותם

2.5 תנופת הקמת המאחזים עדיין בעיצומה

2.6 דרכי הקמת מאחזים

2.7 מעורבות רשויות מדינה בהקמת מאחזים

2.8 החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית

2.9 משרד הבינוי והשיכון

2.10 המינהל האזרחי

2.11 עוזר שר הבטחון להתיישבות

2.12 אכיפת החוק באיו"ש

2.13 הצעה לרפורמה ותחיקת הבטחון

2.14 המלצות

פרק שלישי: הרקע לצמיחתם של המאחזים הבלתי מורשים

פרק רביעי: הרקע הנורמטיבי להקמת יישובים ביהודה ושומרון

4.1 מקורות הדינים החלים על ישראל בפעולותיה בשטחים

4.2 התנאים להקמת יישובים באיו"ש לפי הדין הפנימי

4.2.1 ההבט המדיני

4.2.2 ההבט הקרקעי

4.2.3 הבט תחום השיפוט

4.2.4 ההבט התכנוני

פרק חמישי: המאחזים הבלתי מורשים

5.1 מהו מאחז בלתי מורשה

5.2 סיווג המאחזים לקטגוריות

5.3 המשמעות המשפטית של סוגי הקטגוריות

5.4 מספר המאחזים ונתוני משרד הבטחון עד כה

5.5 רשימת המאחזים, נתונים על פינויים,
וסיווגם לקטגוריות

5.6 סיכום רשימת המאחזים

5.7 דרכי הקמת המאחזים

פרק שישי: מעורבות רשויות המדינה בהקמת מאחזים

פרק שביעי: החטיבה להתיישבות

7.1 ההסתדרות הציונית גוף מיישב

7.2 עיקרי הממצאים

7.3 טענות החטיבה להתיישבות ותשובותיה לממצאים

7.4 מסקנות

7.5 סיכום

7.6 המלצות

פרק שמיני: משרד הבינוי והשיכון

8.1 ממצאי מבקר המדינה בנוגע למינהל לבניה כפרית

8.2 הפניית תקציבים למאחזים בלתי מורשים

8.3 סיוע המינהל לבניה כפרית לבניית המאחזים – ממצאים ומסקנות

8.4 רכישת קרוונים והצבתם במאחזים בלתי מורשים-ממצאים ומסקנות

8.5 סיכום והמלצות

פרק תשיעי: משרד הביטחון

9.1 המינהל האזרחי

9.2 עוזר שר הביטחון להתיישבות

פרק עשירי: אכיפת החוק באיו"ש

10.1 אכיפת חוק בלתי אפקטיבית

10.2 המסר של הדרג המדיני בנוגע לאכיפת החוק בקשר למאחזים הבלתי מורשים

10.3 תפקידו של צה"ל באכיפת החוק והשפעת המסר מהדרג המדיני על תפקודו

10.4 אי ביצוע צווי תיחום

10.5 תוצאת אי אכיפת החוק – התגברות מעשי הפרת חוק

10.6 מחוז ש"י

10.7 סיכום

פרק אחד עשר: הרפורמה הנדרשת לטיפול בהפרות חוק בקשר למאחזים הבלתי מורשים באיו"ש

11.1 חקיקה בכנסת

11.2 הרפורמה הנדרשת בתחיקת הבטחון

11.2.1 אלטרנטיבה אפשרית לצו בדבר מבנים בלתי מורשים

11.2.2 תיקון צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) 1539

11.2.3 חקיקת צו בדבר פינוי יבילים ששונעו בעבירה לאחר שהוצבו בשטח

11.2.4 קביעת בניה ללא התר כעבירה

11.2.5 תיקון צו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (1445)

11.2.6 תיקון צו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) (יו"ש) 1472

פרק שנים עשר: המלצות

12.1 המלצות ארגוניות

12.2 שינוי החלטות ממשלה קיימות וקבלת החלטות ממשלה חדשות

12.3 מתן הוראות מנהליות לרשויות המדינה בקשר להקמת מאחזים

בלתי מורשים

12.4 הצעות חקיקה בכנסת

12.5 רפורמה בתחיקת הבטחון

12.6 המלצות ליועץ המשפטי לממשלה

<u>רשימת חוברות הנספחים</u>

לחוות הדעת רצופות חוברות נספחים כלהלן:

<u>חוברת א'</u>: חוברת ובה מפורטים המאחזים שיש בידי עתה פרטים עליהם (וככל שיש בידי פרטים ונתונים שכן לא הגעתי לכל הפרטים ולכל המאחזים); וכן נספח 1 לחוברת א' ובו רשימת המאחזים.

<u>חוברות ב'</u>: 3 חוברות שבהן מפורטים המאחזים בתצ"א;

<u>חוברת ג'</u>: חוברת ובה מאוגדים מסמכים שונים הרלוונטיים לתוכן חוות הדעת אליהם מפנה חוות הדעת

ביום 28.7.04 מינית אותי ליתן לך חוות דעת בנושא המאחזים הבלתי מורשים. להלן אפרט את כתב המינוי הקובע את גדר סמכותי לצורך מתן חוות הדעת.

כתב המנוי

1. אבקשך לחוות דעתך בנושא המאחזים הבלתי מורשים ("מאחזים") באזורים יהודה שומרון וחבל עזה על פי האמור להלן; תגישי – ככל הנדרש – חוות דעת ביניים על פי שיקול דעתך.

2. בין היתר אבקשך לבדוק:

2.1 מיקום המאחזים, תיאורם, גודלם ומועד הקמתם;

2.2 דרך הקמתם;

2.3 הרשויות השונות – ציבוריות ואחרות – המעורבות בהקמתם, הרחבתם ותחזוקתם השוטפת;

3. אבקשך להמליץ על:

3.1 שנוי או תיקון הדינים – לרבות תוכניות מתאר – ככל הנדרש למניעת הקמתם של המאחזים והמשך פעילותם ולרבות מניעת תמיכה מצד רשויות ציבוריות שונות;

3.2 שנויים תיקונים או תוספות חקיקה, תקנות, צווים, או החלטות ממשלה ככל הנדרש להפסקת תופעת המאחזים ופינויים;

3.3 הליכי אכיפה יעילים יותר למניעת התרחבותם של המאחזים ופינוי הקיימים לרבות האפשרות לנקיטת הליכים משפטיים (פליליים או אזרחיים) כלפי המקימים ו/או המשתמשים במאחזים;

בהתייחס למבוקש אפרט בפניך את חוות דעתי (ביניים) (להלן: "**חוות הדעת**").
מועד אחרון להגשת חוות דעת ביניים נקבע ליום 1.2.2005.

פרק ראשון

פתח דבר

1.1 מבוא דיוני 1.2 הערות מקדימות 1.3 הבהרת מושגים

1.1 מבוא דיוני

חוות הדעת שלפניך הינה עמוסת פרטים, עוסקת בנושאים משולבים של עובדות ועמדות משפטיות. הדין הרלוונטי איננו מוכר, כשלעצמו שואב ממספר מקורות משפטיים, עניין מכביד כשלעצמו.

אני מוצאת לנכון להבהיר בפתח חוות הדעת את מבנה חוות דעתי, כדי להקל על הקריאה בה ככל האפשר.

בפתח חוות הדעת, לאחר פרק פתח דבר, מצוי פרק המבוא. בפרק זה אסקור את תמצית הממצאים והמסקנות, ואזכיר חלק מההמלצות שאני ממליצה בפניך.

בגוף חוות הדעת אעמוד על הרקע לצמיחת תופעת המאחזים הבלתי מורשים. לאחר מכן אעמוד על הרקע הנורמטיבי להקמת יישוב כדין בשטחי איו"ש, לפי הדין הפנימי החל. במסגרת זו אפרט בקצרה את מקורות הדינים החלים על ישראל בפעולותיה בשטחים. לאחר מכן אסקור את התנאים הנדרשים להקמת יישוב כדין. במסגרת זו אסקור את ההיבט המדיני, ההיבט הקרקעי, ההיבט המוניציפאלי (תחום שיפוט) וההיבט התכנוני.

לאור הרקע הנורמטיבי כאמור - אסקור את המאחזים הבלתי מורשים. בכלל זה אגדיר אותם; אבאר את הנתונים המספריים ככל שאלה ידועים לי; אסווג את המאחזים לקטגוריות; ואציין דרכי הקמתם המרכזיות ככל שנודעו לי.

מכאן אעבור לפרק מרכזי בחוות דעת זו והוא מעורבות רשויות המדינה ורשויות ציבוריות בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.
במסגרת זו אסקור את הידוע לי על מעורבות החטיבה להתיישבות בהקמתם ותיקצובם;

את מעורבות משרד הבינוי והשיכון במימון הקמת תשתיות ומבני ציבור למאחזים, מימון משרד השיכון של תכנון מאחזים בלתי מורשים, ופרשת רכישת הקרוונים בשנת 2003 על ידי משרד השיכון.
אסקור את מעורבות משרד הביטחון בנושא המאחזים הבלתי מורשים, כפי שבאה לידי ביטוי במעורבות המינהל האזרחי ומעורבות עוזר שר הביטחון להתיישבות.

על רקע הממצאים העובדתיים שאפרוש בפניך – אסקור את אכיפת החוק בשטחים. אעמוד על הסיבות לכשלים באכיפת החוק, ואציע רפורמה חקיקתית לגבי הדין החל בשטחים.

לקראת סוף חוות דעתי - נמצא פרק ההמלצות. חלק מההמלצות המנויות בו מופיעות לאורך חוות הדעת, בהקשר הרלוונטי, אך פרק ההמלצות כולל גם המלצות נוספות.

לבסוף יבוא סיכום.

1.2 הערות מקדימות

1.2.1 התייחסות למאחזים הבלתי מורשים באיו"ש בלבד, ללא חבל עזה

הדו"ח אינו מתייחס בשלב זה למאחזים בלתי מורשים בחבל עזה. סברתי כי אם תוכנית ההתנתקות אכן תבוצע – אזי מתייתר הטעם בסקירת המאחזים הבלתי מורשים בחבל עזה. היה ויעלה הצורך, אתייחס לכך בחוות הדעת המשלימה.

1.2.2 חוות דעת ביניים

מלאכת איסוף האינפורמציה הנדרשת מתבררת כמשימה מורכבת ביותר.

האינפורמציה הרלוונטית בנוגע למאחזים הבלתי מורשים, אינה מצויה במשרד אחד. נהפוך הוא. בכל משרד המנוי ברשימה שלהלן בו אספתי חומר עד כה, קיימת אינפורמציה חלקית בנושאים הנוגעים למאחזים. אין משרד או גוף כלשהו, המרכז את כל האינפורמציה הרלוונטית לנושא המאחזים, או מתאם את פעולות רשויות המדינה בכל הנוגע אליהם.

חלקה של האינפורמציה הוא נגיש לברור, אך חלק נכבד ממנה אינו גלוי לעין. לא אוכל לומר, גם לאחר בדיקה ודרישה – כי הגעתי לכל האינפורמציה הנדרשת. לעיתים הדבר נובע מסרבול ביורוקראטי, מהיקף המידע, ממספר הרשויות והמשרדים המעורבים בנושא, ומחלוף הזמן. אך בלא מעט מקרים נוצר אצלי הרושם כי לא היתה פתיחות למסירת המידע הרלוונטי, שהגיע אלי, בחלקו, ממקורות אחרים ולאו דווקא מהמשרד הנוגע בדבר או מהאדם הממונה על המידע באותו משרד. התוצאה היא שלא הגעתי לכל האינפורמציה הנדרשת.

עוד אציין כי לא כל מי שפניתי אליו הסכים לשוחח עמי. יש מי שטען שהוא עסוק מדי, אחר הגיע לפגישה אך סרב להתייחס עניינית למרבית השאלות שהוצגו.

כבר בבירור הראשוני שערכתי הגעתי למסקנה כי הרשויות הרלוונטיות **המרכזיות** המעורבות בנושא המאחזים הבלתי מורשים הן משרד הביטחון וצה"ל כולל המינהל האזרחי; משרד הבינוי והשיכון; החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית; משרד הפנים.
חוות דעת זו מתמקדת אפוא באינפורמציה שאספתי במשרדים אלה.

עם זאת נראה לי כי משרדי ממשלה נוספים מעורבים בנושא המאחזים הבלתי מורשים, וכן המועצות האזוריות באיו"ש. לא הצלחתי להרחיב בירוריי גם אליהם וזאת מחמת לוח הזמנים הקצר שקצבת לי, היקף האינפורמציה הרלוונטית הנדרשת, וכן המשאבים הדלים העומדים לרשותי לצורך עריכת הברור. כדי לקבל תמונה מקיפה יותר יש להמשיך ולבדוק משרדי ממשלה נוספים ובמועצות האזוריות באיו"ש. וכן בחלק מהמשרדים בהם בדקתי – יש להעמיק את הבדיקה.

בכל הנוגע לאיתור כל המאחזים הבלתי מורשים – עד כה לא קיבלתי את כל הנתונים הנדרשים מהמינהל האזרחי, ולכן הרשימה שאפרט כאן היא חלקית בלבד. במלים אחרות – **ככל הנראה מספר המאחזים הקיים עולה על זה המפורט בחוות דעת זו.**

1.2.3 המשרדים בהם נאסף חומר עד כה

רוב החומר נאסף במשרדי הממשלה, וחלקו במשרדי חברות ציבוריות רלוונטיות. ואלה המשרדים בהם אספתי חומר:

משרד הביטחון - שר הביטחון, סגן שר הביטחון, עוזר שר הביטחון להתיישבות, מתאם הפעולות בשטחים, אלוף עמוס גלעד יועץ אסטרטגי לשר הביטחון, מזכיר צבאי לשר הביטחון עוזר שר הביטחון תת אלוף (במיל) שפיגל.
צה"ל - הרמטכ"ל; אלוף פיקוד מרכז וקצינים בכירים אחרים; המינהל האזרחי כולל ראש המינהל וקמטי"ם; היועץ המשפטי ליהודה ושומרון ואנשיו; ענף הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית;
משרד המשפטים - היועץ המשפטי לממשלה, משנה ליועץ, פרקליט המדינה, מח' בגצ"ים;

משרד הבינוי והשיכון – שר/ת הבינוי והשיכון, מנכ"ל, המינהל לבניה כפרית, אגף הפרוגרמות, יועץ משפטי, חשבות;

משרד הפנים - מנהל מחוז ירושלים ואיו"ש; מינהל השלטון המקומי;יועץ משפטי; חשבות;

משרד האוצר - סגן חשב כללי, אגף תקציבים, יעוץ משפטי;

החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית – מנכ"ל, אנשי מחלקת חוזים וביטחונות, חשבות;

חברת חשמל - מנהל חברת חשמל ירושלים ואיו"ש;

חברת מקורות - מנהל מחוז מרכז וירושלים.

עמידר - מנכ"לית, ואנשי הנהלה.

הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה - ממונה על ישובים והענקת סמל יישוב.

החומר שנמסר לי בחלק מהמשרדים הנ"ל הוא חלקי בלבד, ביחס לחומר שביקשתי. רק בימים האחרונים ממש, בשלהי חודש ינואר 2005, העביר לי משרד הבינוי והשיכון התייחסות לנתונים בדבר השקעות המשרד במאחזים בלתי מורשים ב – 4 השנים האחרונות, זאת לאחר חילופי מכתבים מאז חודש ספטמבר 2004, בקשות, תזכורות, פניה לשרה גב' ליבני, התערבותה ודרישתה כי יימסר לי חומר – וכל זאת ללא הועיל. רק עם כניסת השר הרצוג לתפקידו, קיבלתי התייחסות לפנייתי, אף שאין היא מניחה עדיין את דעתי, ויש לבודקה לעומק (ראה התייחסות מפורטת בסעיף 8.3.1.1 ד').
אוסיף עוד כי בתגובה לפנייתי האחרונה למשרד השיכון בה הצגתי כי לפחות חלק מהנתונים שנמסרו אינם נכונים, הודיעני משרד הבינוי והשיכון לפני זמן מה כי הוא מודה עתה שהנתונים שנמסרו לי הם שגויים בחלקם, וכי הוא זקוק לזמן נוסף לבדיקה. למותר לציין כי הנתונים השגויים שנמסרו, ככל שידוע לי, הם סכומים פחותים מהסכומים שתוקצבו בפועל מאחזים בלתי מורשים.
החטיבה להתיישבות לא העבירה עד כה נתונים בדבר הסכומים שהשקיעה במאחזים הבלתי מורשים בהקמתם נטלה חלק. וכן - תחום תשתית במינהל האזרחי לא העביר חלק מההחומר בדבר מאחזים בלתי מורשים נוספים ונתונים אודותיהם.

1.2.4 אופן איסוף המידע על ידי

לצורך איסוף האינפורמציה הנחוצה להכנת חוות הדעת, נפגשתי עם מספר רב של בעלי תפקידים בכל אחד מהמשרדים הנ"ל, כמאה במספר. הפגישות תועדו על ידי.

כמו כן ביקשתי וקיבלתי לידי מסמכים שנראו לי רלוונטיים לצורך ביצוע התפקיד.

בנוסף לכל אלה נטלתי חלק בדיונים בנושאים שוטפים הקשורים לנושא חוות הדעת. ישיבות אלה התקיימו במשרד ראש הממשלה עמך, עם מר וייסגלס, ועם אחרים; במשרד הביטחון: בחלקן עם שר הביטחון ובחלקן עם ע' שר הביטחון ברוך שפיגל ואחרים; במשרד הבינוי והשיכון, עם שרת הבינוי והשיכון, כמה ראשי אגפים ואחרים; במשרד המשפטים, ישיבות עם היועץ המשפטי לממשלה והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה מר מייק בלס ואנשי פרקליטות המדינה; במשרד האוצר; במשרד הפנים; ישיבות עם אנשי היועץ המשפטי לאיו"ש וענף הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית; בשגרירות ארה"ב עם השגריר קרצר ואחרים.

חלק נכבד בנושא איתור המאחזים עצמם יש לזקוף לזכות עוזר שר הביטחון תת אלוף (במיל.) ברוך שפיגל, שעושה לילות כימים לאיתור האינפורמציה הנחוצה, הקשה להשגה, והושיט לי כל עזרה וסיוע נדרשים תמיד ברוח טובה ושיתוף פעולה מלא, ועל כך מסורות לו תודותיי.

כמו כן אני מבקשת לציין את שיתוף הפעולה המלא לו זכיתי מהיועץ המשפטי ליהודה ושומרון ואנשיו שעזרו לי בכל עניין בו התבקשו, לאנשי ענף הדין הבינלאומי בצה"ל, אנשי משרד המשפטים ופרקליטות המדינה.

1.2.5 בחינת חוקיות המאחזים הבלתי מורשים באספקלריית הדין הפנימי

בחינת חוקיות המאחזים הבלתי מורשים תעשה בחוות דעת זו מבחינת חוקיותם לפי הדין הפנימי, קרי – החלטות הממשלה, הדין ותחיקת הביטחון החלים באזור . נושא המאחזים הבלתי מורשים – כמו עצם נושא ההתנחלות בשטחים – הוא נושא שניתן לבוחנו גם מזווית ראייתו של הדין הבינלאומי.
אני סבורה כי אין צורך בבחינה זו כאן, שכן התבקשתי על ידך לבחון את סוגיית המאחזים הבלתי מורשים מבחינת הדין הפנימי החל בעניין. לפיכך חוות דעתי זו אינה מתייחסת לזווית הבחינה של הדין הבינלאומי בנושא המאחזים הבלתי מורשים.

1.2.6 מאחזים בלתי מורשים – משמעות השם

המושג **"מאחזים בלתי מורשים"** – איננו מונח משפטי מובהק. אין פירושו שה"בלתי מורשה" הוא "חצי חוקי". **בלתי מורשה הנו בלתי חוקי**. כאשר מתואר מאחז כ"בלתי מורשה" כוונת הדברים היא, **שהנו בלתי חוקי במובן הדין הפנימי.** אילו היתה לו הרשאה כדין על ידי הרשויות המוסמכות בישראל ובשטחים – הוא לא היה בלתי חוקי במובן הפנימי.

1.2.7 בחינת חוקיות המאחזים הבלתי מורשים בלבד ולא בחינת חוקיות ישובים אחרים באיו"ש

חוות דעת זו מתמקדת בשאלות הנוגעות למאחזים הבלתי מורשים בשטחי איו"ש, ולאלה הנכנסים להגדרה זו בלבד. מעצם הגדרת סמכותי בכתב המנוי, אני רואה עצמי מוסמכת לחוות דעתי בהקשר זה בעיקר. הגדרת מאחז בלתי מורשה תעשה על ידי בתוך חוות הדעת, ותעשה הבחנה בין מאחז כאמור לבין שכונות חדשות של יישוב ותיק, או יישוב ותיק.

אציין כבר, כי ישנם יישובים באיו"ש, או חלקי ישובים כמו **שכונות שהוקמו כהרחבות ליישובים ותיקים,** ששאלת חוקיותם לפי הדין הפנימי היא מסופקת. חלקן ממוקמות על קרקעות פרטיות של פלסטינים, ללא תוכנית כדין, מחוץ לתחום שיפוט. אולם מחמת הגדרת תפקידי, אינני נכנסת לשאלות אלה במסגרת חוות דעת זו.

1.2.8 דיוק האינפורמציה בנוגע למאחזים הבלתי מורשים

מן הראוי לציין כי האינפורמציה שנמסרה לי בדבר נתוני המאחזים הבלתי מורשים, נמסרה על ידי תחום תשתית במינהל האזרחי. אין לי מקור מוסמך אחר לקבלת אינפורמציה בנוגע למאחזים הבלתי מורשים, וכל נתון עובדתי רלוונטי לגביהם.
ידוע לי כי יש אפשרות לטעויות שנפלו בנתונים שונים שנמסרו, ותחום תשתית כתב בעצמו על קובצי תצלומי האוויר המצורפים לחוות הדעת, שהם בגדר טיוטא בלבד. מאחר שכבר נמסרו בעבר נתונים שגויים על ידי המינהל האזרחי, אני מוצאת לנכון לרשום "הערת אזהרה" זו בפתח חוות הדעת.

1.3 הבהרת מושגים

טרם שאכנס לחוות דעתי לגופה, ברצוני להבהיר מספר מושגי יסוד. זאת מאחר שהדין החל בשטחים הוא מורכב ואף לא מוכר. הבנת מושגי היסוד תבהיר את האמור בחוות דעתי.

<u>סוגי הקרקעות שיימנו בחוות דעתי זו הן:</u>

<u>קרקעות שהן אדמות מדינה</u> – הכוונה לקרקעות שהן רכוש ממשלתי הידועות בשם אדמות מדינה. מדובר בקרקעות שנרשמו על שם ירדן או רשות מרשויותיה בתקופת השלטון הירדני באיו"ש. בנוסף לקרקעות אלה יש להכליל במינוח "**קרקעות מדינה**" גם את אלה:

קרקע שהוכרזה כאדמות מדינה בתקופת השליטה הישראלית באיו"ש; וכן קרקעות שנוהלו על ידי האפוטרופוס הירדני לנכסי אוייב, כמו אדמות יהודים.

"**אדמות יהודים**" - קרקעות שנרכשו לפני שנת 1948 על ידי מי שהפכו לישראלים לאחר הקמת המדינה, ובשנים 1948 עד 1967 הן נוהלו על ידי האפוטרופוס הירדני לנכסי אוייב. בשנת 1967 הן עברו לניהול הממונה על הרכוש הנטוש. מבחינת תחיקת הביטחון הן נחשבות כרכוש ממשלתי. קרי – הן נחשבות אדמות מדינה.

קרקעות נוספות שלצורך ההתיישבות הישראלית באיו"ש מתייחסים אליהן כקרקע שניתן להקים עליה התיישבות ישראלית, בדומה לקרקעות מדינה:

קרקעות שבעליהן ביקש מהממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש לנהלן, והוא הסכים לעשות כן;

<u>קרקע שהוכרז עליה אדמת מדינה</u> – הכרזה על קרקע כאדמת מדינה הינה טכניקה שמטרתה איתור הקרקעות שאין בהן זכויות פרטיות. ההכרזה נעשית בין השאר על בסיס בדיקת רישומי הקרקע, בדיקת השטח בפועל, בדיקת תצלומי אוויר, סימון הקרקע על ידי מודד, פרסום בכפרים, בדיקת טענות לזכויות בקרקע של פלסטינים.

קרקע שהוכרז עליה כאמור, לא נרשמה בספרי המקרקעין כקרקע מדינה.

יש לציין כי אם קרקע שהוכרז עליה כאדמת מדינה רק סומנה על גבי מפות אך בפועל לא נעשה בה מאומה, הרי שעדיין ניתן לרכוש בה זכויות על ידי חזקה ועיבוד חקלאי משך 10 שנים, ואף ניתן לטעון בנסיבות מסוימות לרכישת זכויות בעלות בה, ולהביא לידי רישום הזכות.

הכרזות על קרקעות כאדמות מדינה נעשות בעיקרן לתכלית איתור קרקע להקמת ישובים ישראלים באיו"ש.

קרקעות אלה, אדמות מדינה, אמורות להיות בבעלות הריבון בשטחים. מפקד האזור נכנס לנעלי הריבון ומחזיק בשטח עד שייקבע גורלו בהסכם, הוא מנהל את הקרקעות הנמצאות בבעלות הריבון הקודם.

<u>קרקעות סקר</u> – קרקעות שיש ספק בדבר זכויות הבעלות בהן. נקבעה פרוצדורה על ידי מפקד האזור לברור הזכויות בקרקעות אלה על מנת לבחון את ייתכנות ההכרזה עליהן כאדמות מדינה. לצורך הליך הסקר כונן נוהל אדמות סקר.

<u>קרקעות שנרכשו על ידי ישראלים מ- 1967</u> – קרקעות פרטיות שהיו שייכות לפלסטינים ונמכרו לישראלים. הרכישה טעונה רישיון מאת המינהל האזרחי, ורישום הזכות בספרי האחוזה. במקרים מסוימים בהם לא הצליחו הרוכשים לרשום את הקרקע על שמם – העבירו אותה לניהול הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, שהקצה את הקרקע לרוכשים עצמם.

<u>קרקעות פרטיות של פלסטינים</u> - קרקעות הרשומות על שם פלסטינים בלשכת רישום המקרקעין בשטחים, או קרקעות המוחזקות ומעובדות על ידי פלסטינים. יש להזכיר כי רק כ – 30% מהקרקעות בשטחים עברו הליך של הסדר מקרקעין עד שנת 67. מאז כניסת צה"ל לשטחים חוקק צו בידי מפקד האזור לפיו הקרקעות בשטחים לא יעברו הליך של הסדר מקרקעין. מכאן שרוב הקרקעות המוחזקות ומעובדות על ידי פלסטינים אינן רשומות על שמם.

קרקעות נוספות המסווגות כאדמות פרטיות: אדמות נפקדים המנוהלות על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש לפי **צו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס. 58) תשכ"ז – 1967**; אדמות המוחזקות על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש מכוח חוזי חליפין; קרקעות פרטיות של פלסטינים שנתפסו לצרכים צבאיים ואשר טרם הוצאת צו התפיסה היו מאחד הסוגים שלעיל.

<u>קרקע מוסדרת</u> - תא שטח המחולק לגושים, כל גוש – לחלקות, שתיחומיהן ברורים ומשורטטים על מפות והבעלות בהם מוחלטת ורשומה בספרי המקרקעין. **קרקע בלתי מוסדרת** היא קרקע שגבולות החלקות אינן מסומנות על מפות, והבעלות בהן אינה מוחלטת.

<u>מושגים אחרים שיוזכרו בחוות הדעת:</u>

<u>רישום ראשון</u> – הליך משפטי המתנהל בפני ועדה לרישום ראשון של המנהל האזרחי, שתכליתו רישום קרקע על שם הטוען לזכויות בה. הליך רישום ראשון מתנהל במקום שהקרקעות לא עברו הסדר מקרקעין. הליך הרישום הראשון נעשה מכוח חוק ירדני, הוא **חוק רישום נכסי דלא ניידי שלא נרשמו קודם, חוק מספר 6 משנת 1964**. וכן מכוח **צו בדבר תיקון חוק נכסי דלא ניידי שטרם נרשמו (יהודה ושומרון) מספר 448 תשל"ב – 1971.** לפי הצו הוקמה ועדה לדיון ברישום ראשון, ונקבעה בו זכות להגשת ערר על החלטה כאמור.

יש להדגיש כי הרישום הוא הקובע את זכות הבעלות.

<u>תוכנית מפורטת</u> – בניה כדין באזור כפרי בשטחים מותנית בקיומה של תוכנית מפורטת הקובעת ייעודי שטח מפורטים ותכנון מפורט לבניה. מכוחה של תוכנית מפורטת ניתן להוציא היתר בניה. **קבלת היתר בניה הוא תנאי להתחלת בניה כדין.**

<u>תוכנית מתאר</u> - קובעת ייעודי שטח כלליים בלבד. תוכנית מתאר היא תנאי להכנת תוכנית מפורטת באזורים עירוניים. באזורים כפריים אין צורך בקיומה של תוכנית מתאר וניתן להכין תוכנית מפורטת גם ללא תוכנית מתאר. **לא ניתן לקבל היתר בניה מכוחה של תוכנית מתאר.**

<u>תוכנית מנדטורית</u> – תוכנית שקיבלה תוקף בתקופת המנדט הבריטי. חלה בעיקר בשטחים חקלאיים וכפריים באיו"ש. במקום שחלה תוכנית בת תוקף מכוח תחיקת הביטחון – לא חלה תוכנית מנדטורית. ניתן לקבל היתר בניה מכוח תוכנית מנדטורית במקום שחלה תוכנית כאמור. הבניה המותרת מכוח תוכנית מנדטורית היא מוגבלת מאד, קרי, מבנה אחד בהגבלת גודל של כ – 150 מ"ר. ניתן לקבל היתר בניה מכוח תוכנית מנדטורית באחת משתי ועדות: ועדת משנה לרישוי, או ועדת המשנה לתכנון מקומי.

<u>הליכי תכנון עיקריים</u> - חוק תכנון ערים כפרים ובניינים, חוק זמני 79 לשנת 1966 הירדני (להלן: חוק התכנון הירדני או חוק התכנון והבניה או חוק התכנון) שהוא החוק הקובע בדיני תכנון ובניה באזור איו"ש קובע מספר שלבי תכנון:

שלב ראשון: הכנת תוכנית. שלב שני – הגשת התכנית לועדות התכנון. עיקר שלבי אישור תוכנית הם:

דיון להפקדה – מחליטים אם להפקיד את התוכנית. פרסום להפקדה- פרסום בעיתונים יומיים, כדי לאפשר הגשת התנגדות לתוכנית. דיון בהתנגדויות שהוגשו, ושינויים בתכנית אם ישנם עקב כך. מתן תוקף – החלטה בועדת התכנון אם לתת לתוכנית תוקף. פרסום למתן תוקף- פרסום בשני עיתונים יומיים. התוכנית מקבלת תוקף רק 15 יום לאחר פרסומה.

<u>הכרזת אזור כמרחב תכנון</u> – קמ"ט פנים הוא המוסמך לקבוע בצו מרחב תכנון, וזאת מכוח סעיף 13 לחוק התכנון והבניה הירדני. מרחב התכנון ייקבע על ידו על סמך המלצת מועצת תכנון עליונה. מרחב התכנון טעון פרסום. תוכנית מפורטת בת תוקף חלה רק במרחב התכנון.

<u>תחום שיפוט</u> – קביעת גבולות התחום המוניציפאלי של רשות מקומית. קביעת תחום שיפוט נעשה על ידי מפקד האזור, מכוח צו שהוציא **בדבר ניהול מועצות אזוריות, צו מס. 783**; **ובצו בדבר ניהול מועצות מקומיות, מספר 892.** מכוח צווים אלה קבע מפקד האזור את תחום השיפוט של המועצות האמורות, צרף מפת תחום שיפוט, וקבע איזה יישובים יכללו באיזה מועצות אזוריות.

<u>צווים מרכזיים שיוזכרו:</u>

<u>צו תיחום שטח</u> – או צו תיחום, מוצא מכוחו של **צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה), צו מספר 1539**. צו תיחום מוצא על ידי אלוף פיקוד מרכז, והוא מכריז על שטח או מקום בתחומו מצוי מבנה לא מורשה כשטח מתוחם. מבנה לא מורשה הוא מבנה שאין לו סטאטוס תכנוני כחוק. הכניסה למבנה או מקום שתוחם -אסורה, וחייל ושוטר הוסמכו להפעיל כוח לפינויו במידת הצורך. צו זה הוא הכלי המשפטי המרכזי לטיפול בפינוי מאחזים בלתי מורשים, החל מדצמבר 2003. עד אז נעשו ניסיונות פינוי מכוח נוהל בב"ח (ראה להלן) ואלה נתקלו בקשיים. צו זה חוקק לפי המלצת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון בצה"ל ואחרים. (על הרקע לחקיקת הצו והאפקטיביות שלו, ראה בסעיף 11.2.1 להלן).
הפרוצדורות הנחוצות לצורך צו זה הן: הוצאת צו תיחום למאחז; ניתן להגיש עליו השגה; אם זו נדחית – ניתן לעתור נגד ההחלטה לבג"צ. הוגשה עתירה ונדחתה – הצו הוא צו חלוט ובר תוקף למשך שנתיים.
בהתאם לסעיף 11.א.ד לצו בדבר מבנים בלתי מורשים ניתן לנקוט צעדים משפטיים אחרים נגד מבנים בלתי מורשים, צעדים כמו בנוהל פלישה טרייה.

<u>צו בדבר איסור שינוע יבילים</u> - צו בדבר העברת טובין 1252; צו בדבר העברת טובין (תיקון) מספר 1389; תקנות בדבר העברת טובין (יהודה ושומרון) (מספר 1252) התשמ"ח – 1988. צו בדבר שינוע יבילים מוצא על ידי אלוף פיקוד מרכז מכוח הצווים לעיל, לפיו שינוע (הובלת) יביל (קרוון) לאזור יהודה ושמרון ובתוך האזור טעון היתר. ההיתר ניתן על ידי הרשות המוסמכת הפועלת על פי הצו לאחר אישור הדרג מדיני. כיום - על ידי שר הביטחון.

שינוע קרוון לשטחים שלא בהיתר, או שלא לפי היתר שניתן, מהווה עבירה פלילית, העונש הקבוע בגין עבירה זו – 5 שנות מאסר.

<u>צו בדבר סילוק פולשים</u> – צו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) מספר 1472. צו הקובע כי מי שמתקיימים בו התנאים המנויים בצו זכאי להגנת חזקתו במקרקעין, ורשאי לסלק תופס במקרקעין שלא כדין תוך 30 יום מיום התפיסה. צו זה רלוונטי בעיקרו להגנת מקרקעי המדינה. הוא **איננו** מכשיר אפקטיבי להגנת מקרקעי **הפרט.**

<u>נוהל בב"ח</u> – נוהל הטיפול בבניה בלתי חוקית כפי שקבוע בחוק התכנון והבניה הירדני. הנוהל מבוצע בידי יחידת הפיקוח של המנהל האזרחי. שלבי הנוהל העיקריים הם: הוצאת צו הפסקת עבודה וזימון הבעלים להופיע בפני ועדה; דיון בוועדה, וטענות הבעלים נגד צו הפסקת עבודה; אם החליטה הועדה לדחות את טענות הבעלים – היא מוציאה צו הריסה ומעניקה לבעלים ארכה בת 30 יום להגשת ערר. הגיש ערר ונדחה, או לא טרח להגיש ערר – רשאית הועדה באמצעות אנשי

הפיקוח מטעמה לפעול בעצמה להריסת המבנה הבלתי חוקי (בהתאם לסעיף 38(7) לחוק התכנון והבניה הירדני). הטיפול בבניה בלתי חוקית המתואר לעיל נקרא – נוהל בב"ח.

<u>נוהל פלישה טרייה</u> - נוהל סילוק פולשים שלא כדין למקרקעי מדינה מכוח צו בדבר סילוק פולשים שלא כדין.

<u>נוהל שטח צבאי סגור</u> - מכוחו ניתן להוציא צו המכריז על שטח סגור. הצו מוצא מכוח **סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון**. הכרזה כאמור מאפשרת פינוי אנשים מהשטח, אך אינה מאפשרת פנוי של מי שהוא תושב קבוע בשטח. כמו כן ההכרזה אינה מאפשרת פינוי מיטלטלין.

<u>קיצורי מונחים:</u>

__איו"ש__ – או השטחים, הכוונה: אזור יהודה ושומרון

__תב"ע__ – תוכנית בנין עיר. הכוונה בחוות דעת זו: לתוכנית מפורטת.

__מזכ"צ__ – מזכיר צבאי

__ע' שר הביטחון להתיישבות__ – עוזר שר הביטחון להתיישבות.

__הממונה__– הממונה במנהל האזרחי על הרכוש הממשלתי והרכוש הנטוש, תפקיד מקביל למנהל מקרקעי ישראל בתוך מדינת ישראל.

__מת"ע__ – מועצת התכנון העליונה של המנהל האזרחי באיו"ש.

__קמ"ט__ – קצין מטה במנהל האזרחי

__החטיבה, או החטיבה להתיישבות__ – החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, גוף מיישב.

__מתפ"ש או המתאם__ – מתאם הפעולות בשטחים. הגורם המקצועי הממונה על המנהל האזרחי והמקשר בינו לבין משרד הביטחון ושר הביטחון.

__אלוף פקמ"ז__ – אלוף פיקוד מרכז.

__ראש תחום תשתית או רת"ח תשתית__ – הממונה במינהל האזרחי על כל תחום המקרקעין. הוא גוף מתאם בין כל הקמטי"ם במנהל האזרחי העוסקים בנושאים קרקעיים, לבין ראש המינהל האזרחי ובינם לבין משרד הביטחון (ראה בהרחבה, בפרק משרד הביטחון – המינהל האזרחי).

__תצ"א__ – תצלומי אוויר.

__תב"ר__ – תקציב בלתי רגיל של רשות מקומית. אישור לתב"ר ניתן על ידי משרד הפנים.

__יבילים__ – קרוונים, או מגורונים, מבנה הניתן להעברה על גבי טריילר. כאשר הוא מונח על הקרקע, ניתן לחבר אותו לתשתיות (מים, ביוב, חשמל, טלפון) וכמוהו כמבנה לכל דבר. שטח רוב הקרוונים – כ – 45 מטר מרובע. בדרך כלל יש בהם שני חדרי מגורים מטבח ושירותים. **מכולות** – מבנים סגורים ללא חלונות (בדרך כלל במצבם התחילי). משמשים כמחסנים או למגורים. נכללים במונח "יבילים".

פרק שני

מבוא – תמצית הממצאים, המסקנות וההמלצות

2.1. הרקע להקמת המאחזים הבלתי מורשים 2.2. התנאים ההכרחיים להקמת יישוב באיו"ש

2.3. מאחזים בלתי מורשים 2.4. מספר המאחזים ונתונים אודותם 2.5. תנופת עיבוי המאחזים עדיין בעיצומה 2.6. דרכי הקמת מאחזים 2.7. מעורבות רשויות המדינה בהקמת המאחזים 2.8 החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית 2.9 משרד הבינוי והשיכון

2.10 המנהל האזרחי 2.11 עוזר שר הביטחון להתיישבות 2.12. אכיפת החוק באיו"ש

2.13. הצעה לרפורמה בתחיקת הביטחון 2.14. המלצות

2.1 הרקע להקמת המאחזים הבלתי מורשים

הקמת המאחזים הבלתי מורשים **כתופעה בעלת היקף** החלה במחצית שנות התשעים, לאחר הקפאת הבניה בשטחי איו"ש על ידי ממשלת רבין ז"ל בשנת 1993. אמנם אושרה עדיין בניה בהתנחלויות, אך קצב האישורים הלך ופחת ככל שהתהליך המדיני מול נציגי העם הפלסטיני, הלך ותפס תאוצה.

נוכח עמדת הממשלה אז, ועמדתה השלילית בנוגע לבניה המאושרת בשטחים, החלה תופעת המאחזים הבלתי מורשים להתרחב.

למעשה תופעת המאחזים הבלתי מורשים היא המשך מפעל ההתנחלות בשטחים. אך בעוד שבעבר הרחוק יותר זכה מפעל ההתנחלות בחלק מהשנים, להכרה ועידוד פורמאליים של ממשלות ישראל, הרי שבמחצית שנות התשעים הוא שינה פנים. ממשלות ישראל לא היו עוד מעורבות **פורמאלית** בהקמת המאחזים, ככל הנראה מחמת מצבה הבינלאומי של ישראל ועמדתן השלילית של רוב מדינות העולם נגד מפעל ההתנחלות. לא כך הוא המצב לגבי רשויות ציבוריות וגופים מטעם המדינה, שנטלו חלק מרכזי בהקמתם יחד עם אחרים, בחלקן בהשראת הדרג המדיני, מי בעצימת עין, ומי בעידוד ותמיכה, אך ללא החלטה של הדרג המדיני **המוסמך** מטעם המדינה.

2.2 התנאים ההכרחיים להקמת יישוב באיו"ש

הקמת ישוב בשטחי איו"ש לפי הדין הפנימי מחייב קיום מספר תנאים בסיסיים.

<u>**ראשית**</u>, ***ההחלטה על הקמתו צריכה להתקבל על ידי הדרג המדיני המוסמך***. מאז ומעולם, עמדו כל ממשלות ישראל **בהחלטותיהן** על כך, כי הקמת יישוב חדש טעונה **החלטת הממשלה**. כך לגבי ישוב בישראל וכך לגבי ישובי איו"ש. הקמת יישוב מצריכה מגוון שיקולים, בהם שיקולים כלכליים, חברתיים, גיאוגרפיים, פוליטיים, ציבוריים, ואחרים.

הקמת יישוב ישראלי בשטחי איו"ש מחייבת שיקולים נוספים על הנזכרים לעיל, ובהם גם שיקולי מדיניות בינלאומית ולאומית, ושיקולי ביטחון. רק בידיו של הדרג המדיני המוסמך הכלים לשקול את השיקולים הללו – ובצידם מוטלת עליו האחריות המתחייבת מההחלטה.

<u>תנאי שני</u> הוא **שטיב הזכויות בקרקע עליה מבקשים להקים יישוב, מאפשר זאת.** בכל הנוגע לקרקעות בשטחים הוחלט על ידי ממשלת ישראל בשנת 1979, בעקבות החלטת בג"צ בפרשת אלון מורה כי **יישובים ישראלים יוקמו בשטחים על אדמות מדינה.**

<u>תנאי שלישי</u> הוא, **שיישוב יוקם אך ורק לפי תוכנית בעלת סטאטוס תכנוני כדין.** פירושו של דבר כי יישוב בשטחי איו"ש יוקם רק לפי תוכנית מפורטת שניתן לקבל מכוחה היתר בניה. עוד יש להוסיף ולהבהיר, כי בנוסף לאישור הדרג המדיני הנדרש **להקמת** יישוב, **נדרש אישור הדרג המדיני** לפי הדין החל בשטחי איו"ש גם **במספר שלבים משלבי אישור תוכנית. משמע – כל עוד לא אושרה <u>תוכנית</u> ליישוב או לחלק ממנו – <u>לא ניתן אישור הדרג המדיני להקמתו.</u>**

<u>תנאי רביעי</u> הוא **שתחום השיפוט של יישוב כאמור ייקבע בצו על ידי מפקד האזור.** מפקד האזור יקבע תחום שיפוט רק לאחר קבלת אישור הדרג המדיני לכך.

ארבעת התנאים המתוארים לעיל הינם תנאים מצטברים. העדרו של אחד משמעו שהיישוב איננו חוקי.

2.3 מאחזים בלתי מורשים

מאחז בלתי מורשה הוא אם כן, יישוב שאחד התנאים שלעיל (או יותר) אינו מתקיים לגביו. וזאת יש להדגיש – מאחז בלתי מורשה אין פירושו שמדובר במאחז "חצי חוקי". **בלתי מורשה הוא בלתי חוקי.** כוונת הדברים היא, שאם המאחז היה מורשה – לפי הפרמטרים שהצגתי לעיל, הוא היה חוקי. בהעדר הרשאה מהסוגים שנמנו לעיל – הוא אינו חוקי.

עיינתי בהחלטות הממשלה, ישיבות שרים לביטחון, ישיבות ועדות שרים להתיישבות בין שנקראו כך ובין שתפקדו כועדות משנה להתיישבות של ועדת שרים לביטחון – ולמיטב בירורי אין בנמצא החלטת

ממשלה או ועדה כאמור, **החל מראשית שנות התשעים ואילך**, בה הוחלט על הקמת ישוב חדש בשטחים, או הרחבת שכונה של יישוב ותיק יותר.

מאחר שבשטחי איו"ש הוקמו מאחזים לרוב, נראה כי לא הממשלה, היא שהחליטה על הקמתם.

<u>מאפייני המאחז הבלתי מורשה הם אלה:</u>

א. לא התקבלה החלטת ממשלה על הקמתו, ומכל מקום דרג מדיני מוסמך לא אישר את הקמתו.

ב. המאחז הוקם ללא סטאטוס תכנוני כדין. כלומר – בלי שחלה על השטח עליו הוקם תוכנית מפורטת בת תוקף מכוחה ניתן לקבל היתר בניה.

ג. מאחז בלתי מורשה אינו צמוד דופן ליישוב קיים, אלא מרוחק ממנו בקו אווירי כמה מאות מטרים ויותר.

ד. מועד הקמת המאחז הוא משנות התשעים, בעיקר מאמצע שנות התשעים ואילך.

2.4 מספר המאחזים הבלתי מורשים ונתונים אודותם

לא הצלחתי לבדוק כמה מאחזים בלתי מורשים ישנם בשטחי איו"ש, זאת מן הטעם שמקור המצאת הנתונים הוא המינהל האזרחי – תחום תשתית, שלא מסר לי את כל הנתונים הנדרשים. נמסר לי כי ברור הנתונים הנדרשים כרוך בעבודה רבה, ואורך זמן.

מהנתונים שנמסרו לי עד כה עולה כי מספר המאחזים הבלתי מורשים (הידועים לי היום), עומד על **105**. **אך ככל הנראה מספר זה איננו משקף את מספר המאחזים המצויים בשטח בפועל**. (לפער בין מספר זה לבין נתונים שהציג בנדון משרד הביטחון בעבר – ראה סעיף 5.4 בחוות דעתי).

מתוך המאחזים הידועים לי, סה"כ ממוקמים מאחזים על אדמות מדינה: כ- 26. סה"כ ממוקמים על אדמות סקר: 7. סה"כ ממוקמים על קרקעות פרטיות של פלסטינים: 15. סה"כ ממוקמים על קרקעות שהן "מעורבות": חלקן מדינה + חלקן סקר + חלקן פרטיות פלסטיניות: כ – 39.

בנוסף - ישנם מספר מאחזים שטיב הזכויות בקרקע לא התברר לי בוודאות עד כה.

<u>משמעות הקמת מאחזים בלתי מורשים שלא על אדמות מדינה</u>

הקמת מאחזים על קרקעות פרטיות של פלסטינים הוא אסור בתכלית. הדבר יכול להוות בנסיבות מסוימות עבירה פלילית.
אך בראש וראשונה זוהי פגיעה חמורה ביותר בקניינו של אדם. רק נזכיר כי זכות הקניין נקבעה בישראל כזכות יסוד, בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ונקבעה על ידי ביהמ"ש העליון בישראל כזכות חוקתית על חוקית. כבר נפסק בבג"צ כי מחובתו של מפקד האזור להגן על זכויות היסוד של התושבים הפלסטינים באיו"ש. משמעות הדבר כי מחובתו להגן, בין השאר, על זכות הקניין שלהם. הקמת מאחז על קרקעות פרטיות של פלסטינים הינה פגיעה בלתי נסבלת בזכות הקניין ומחובתו של מפקד האזור למנוע זאת.
הקמת מאחז על קרקע פרטית של פלסטינים אינה ניתנת להכשרה, גם לא בדיעבד. דין המאחזים הללו הוא פינוי, וככל המוקדם כן ייטב.

<u>רשימות המאחזים לפי מועד הקמתם</u>

אציין כי ניתן לחלק את רשימת המאחזים לפי מועד הקמתם לשתי רשימות: אלה שקמו עד מרץ 2001 ואלה שקמו לאחר מועד זה, וטרם פונו, או פונו וחזרו. המועד שננקב כאמור נעשה מטעמים **מדיניים** ואין לו משמעות משפטית. לפי חלוקה זו ישנם 24 מאחזים שהוקמו לאחר מרץ 2001 ו- 71 מאחזים שהוקמו לפני מועד זה. וכן עוד 10 מאחזים נוספים – שעדיין לא ידוע לי מועד הקמתם. **ככל הנראה אין זו רשימה מלאה של מספר המאחזים שבשטחי איו"ש כמבואר לעיל** (מחמת חסר בנתונים).

<u>נתונים בדבר פינוי מאחזים</u>

הנתונים שלהלן נמסרו לי על ידי משרד הביטחון המתייחס לעת הזאת, לשאלת הפינוי של המאחזים שהוקמו ממרץ 2001 בלבד, ולא לפני כן, ואלה הם:

עד כה פונו 81 מאחזים. חלקם הקטן בלבד היה מאויש. ישנם מאחזים שפונו ומתיישביהם חזרו למקום או בסמוך לו. חלק פונו שוב. ישנם כמה שחזרו וטרם פונו.

עד כה הוצאו **13 צווי תיחום שטח** מכוח **הצו בדבר מבנים בלתי מורשים**. הוגשו השגות על צווי התיחום. 12 נענו. אחד טרם נענה על ידי משרד הביטחון. חלק מהמאחזים הללו פונה (בפינוי עצמי או על ידי צה"ל). סה"כ: 7 מאחזים. מתוכם שניים חזרו.

לגבי 4 מאחזים הסתיימו ההליכים המשפטיים בבג"צ והעתירות נדחו. ניתן לפנות באופן מיידי את אותם מאחזים, וכן עוד שני מאחזים שפונו וחזרו. סה"כ: **6 מאחזים ניתנים היום לפינוי מיידי.**

לגבי מספר מאחזים הוגשו בקשות לרישוי מכוח תוכנית מנדטורית. רובם נדחו. ניתן להוציא נגדם צווי תיחום אלא אם יוגש ערעור, ואז יהיה צורך לדון בו. נגד מאחזים אחרים ניתן להוציא צווי תיחום (ראה פרוט בסעיף 5.5.1).

שכונות שאינן מאחזים

למען הבהירות יש לציין כי הגדרת מאחז, כפי שהוגדר על ידי, הוא יישוב שאיננו צמוד דופן ליישוב קיים. **עיון בנתוני המינהל האזרחי מלמד כי הוקמו שכונות והרחבות ליישובים קיימים, שהם צמודי דופן ליישוב, אך מהבחינה המשפטית, מצבם אינו שונה מהמאחזים הבלתי מורשים.**

בהתאם להגדרת סמכויותיי – לא עסקתי בשכונות בלתי מורשות אלה.

2.5. תנופת עיבוי המאחזים עדיין בעיצומה

לא ידוע לי כי הוקמו מאחזים חדשים בחודשים האחרונים. אך לפי הדיווחים שבידי מתקיימת בניה בלתי מורשית במאחזים קיימים. תנופת הבניה באה לידי ביטוי בין השאר בשינוע קרוונים למאחזים (שינוע של כ - 64 יבילים למאחזים בלתי מורשים בתקופה שבין אוגוסט לדצמבר 04). אך היא באה לידי ביטוי בדרכים נוספות, כמו יצירת תשתיות חדשות לחיבור קרוונים בעתיד; הכשרות שטחים, בניה קשיחה במאחזים מסוימים כולל בנית **מבני קבע** (למשל, במאחז ברוכין הונחו ביום 28.9.04 **23 מבנים בני 160 מ"ר כל אחד**); בחודש אוקטובר 2004 נבנו במאחז אחוזות שלהבת הסמוך ליצהר **9 מבני מגורים**; הונח מבנה טרומי בן 60 מ"ר במגרון ובמאחזים נוספים. הוקמו סככות, מבנים לעיסוק חקלאי, השתלטות על קרקעות, פריצת דרכים וסלילתן. מעשים אלה הם מעשים של יום ביומו. דו"ח אתרים לא חוקיים ופלישות טריות לתאריכים 18.8.04 עד 5.12.04 רצ"ב **נספחים 1 ו - 2** לחוברת ג'. עוד יש לציין כי

עיבוי המאחזים נמשך גם במאחזים שהוצא לגביהם צו תיחום שטח שאושר בידי בג"צ. למשל – **בגבעת הרואה** הוצבו בינואר 2005 3 יבילים למגורים ונעשו הכנות להצבת שני יבילים נוספים; **בגבעת הדגל** החלו בהקמת יסודות
מברזל, בדצמבר 2005 הוקם גן משחקים, צופו שני קרוונים באבן; **במצפה אסף** הוצבו מחוץ לתחום התיחום 5 קרוונים; **במצפה יצהר** הוצבו שני קרוונים ושני קונטיינרים. דו"ח ובו פירוט עיבוי מאחזים שתוחמו ופינויים אושר על ידי בג"צ רצ"ב כ**<u>נספחים 1 ו - 2</u>** הנ"ל.

2.6. דרכי הקמת המאחזים

השיטה להקמת המאחזים הינה בעיקרה בדרך של עקיפת נהלים והפרת חוק, הצגת מצג שווא כלפי חלק מרשויות המדינה, תוך שיתוף בהפרת חוק בוטה של רשויות אחרות.

אחת הדרכים היא הקמת מאחז בתואנות שווא כאילו מבקשים להציב אנטנה בראש גבעה. לאחר מכן מבקשים לחבר אליה קו חשמל המיועד לחיבור אנטנה בלבד. לאחר מכן מוקמת ביקתה לשומר וגם אותה מחברים לרשת החשמל. נפרצת דרך עפר למקום. מכינים תשתיות לחיבור קרוונים. ואז - מגיעים יום אחד למקום מספר קרוונים – ומוקם מאחז.

דרך אחרת היא בתואנות שווא שמבקשים להקים חווה חקלאית (חוות איקלום או חווה ביוספרית). החווה מוקמת לצרכים חקלאיים כביכול. כעבור זמן מגיעים למקום קרוונים ומוקם מאחז.

דרך אחרת היא על ידי הקמת מוסד חינוכי. משפחות "הסגל" מתיישבות במקום, ומוקם מאחז.

דרך אחרת היא על ידי הקמת מאחזים בתחפושת של "הרחבות" ו"שכונות" כביכול של יישוב וותיק. מכנים את המאחז בשם היישוב הוותיק, כאילו מדובר בשכונה חדשה שלו, זאת למרות שהמאחז מצוי לעתים במרחק קילומטרים בקו אווירי (**בשטח המרחק גדול בהרבה**). (בחלק מהמקרים הדבר מסביר את ריבוי השמות לאותו מאחז, כמו אש קודש נ.ג. 827 – מגדלים דרום; נוף הרים – עלי ט' וכו') הדבר מאפשר הזרמת כספים על ידי רשויות שונות לאותו מאחז, כביכול מדובר בישוב הוותיק, המוכר על ידי רשויות המדינה. בפועל הכספים מועברים להקמת אותו מאחז.
כעבור זמן, כאשר המאחז כבר קם, והצגת המאחז כשכונה של יישוב ותיק אינה נוחה עוד, שכן אנשי המאחז מעוניינים בחיבור ישיר לתשתיות שונות, ומעוניינים לקבל סמל יישוב ממשרד הפנים (דבר

המאפשר קבלת תקציבי משרד הפנים לרשויות המקומיות) – ביקש עוזר שר הביטחון להתיישבות מהחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית להכיר במספר מאחזים כישוב עצמאי, הזכאים לסמל יישוב. גם מנכ"ל לשכת ראש הממשלה לשעבר ביקש להכיר בחלק מהם כישוב נפרד.

2.7. מעורבות רשויות המדינה בהקמת המאחזים

מספר ניכר של מאחזים הוקמו במעורבות רשויות ציבוריות וגופי מדינה, אך ללא החלטה מוסמכת של ממשלת ישראל.

רשויות המדינה אותן הספקתי לבדוק, הן אלה:

משרד הבינוי והשיכון

משרד הביטחון וצה"ל: המינהל האזרחי, ואספקטים מסוימים בתפקוד עוזר שר הביטחון להתיישבות.

וכן: החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית שהינה רשות ציבורית.

למשרדים אלה מוענקות סמכויות כדין בכל הנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש, אך מתברר כי נעשה בהן שימוש שלא כדין – כפי שיבואר בהמשך - בקשר להקמת מאחזים בלתי מורשים.

כפי שכבר ביארתי בפרק הראשון – ישנן רשויות ומשרדי ממשלה נוספים הקשורים להקמת המאחזים הבלתי מורשים, וכן המועצות האזוריות באיו"ש שלהן, ככל הידוע לי, חלק נכבד בכך. אך מחמת הזמן המועט שעמד לרשותי והיקף הבירור המתחייב – לא הספקתי להגיע בבירוריי גם אליהן.

<u>עיקר סמכויותיהם ותפקידיהם הרלוונטיים לענייננו הם:</u>

<u>ההסתדרות הציונית – החטיבה להתיישבות</u>

ההסתדרות הציונית היא גוף מיישב. מקבלת מהממונה במינהל האזרחי (הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש) קרקעות לתכנון, או לתכנון ופיתוח; אמורה להקצות את הקרקע לצורכי הקמת יישובים לאחרים

ובלבד שהתקבל אישור הדרג המדיני המוסמך להקמת יישוב או הרחבה לישוב קיים; אמורה לדאוג לתכנון הקרקע; הקמת המחנה הראשוני; ויצירת אמצעי ייצור.

משרד הבינוי והשיכון

מעורב בהקמת ישובים או הרחבות לישובים קיימים באיו"ש באמצעות המינהל לבניה כפרית של משרד הבינוי והשיכון. מממן הקמת תשתיות ומבני ציבור לישובים באיו"ש. מתכנן ישובים חדשים, ומעסיק אדריכלים חיצוניים בתכנון יישובים והרחבות ליישובים באיו"ש. בעלים של קרוונים למגורים אותם מעביר לאחרים, במיוחד לאיו"ש.

המינהל האזרחי

באחריותו – איתור קרקעות וברור טיב הזכויות בקרקע המיועדת להקמת ישובים ישראלים; רישום זכויות בקרקעות; אחראי לטיפול בהקצאת קרקע לגופים מיישבים ובהם לחטיבה להתיישבות; אחראי לתהליך התכנון והרישוי לבניה; אחראי לקבלת אישור הדרג המדיני לתכנון; אחראי על הפיקוח על בניה בלתי חוקית בשטחים; אחראי על מתן אישור חיבור מבנים לתשתיות (כמו מים וחשמל); אחראי למתן אישורים לשינוע קרוונים בשטחים בכפוף לאישור משרד הביטחון.

משרד הביטחון

אחראי למתן היתרים שונים, בין השאר – לפתיחה בהליך סקר קרקעות; הרשאה לתכנון קרקע טרם הקצאתה על ידי הממונה לגוף מיישב; היתר לשינוע קרוון לשטחים; אישור הדרג המדיני (שר הביטחון) לשלבים שונים של תכנון תוכנית.

בנושא אכיפת החוק בשטחים – משרד הביטחון אחראי על מתן אישור דרג מדיני לתחיקת הביטחון באזור, בכלל זה התחיקה הרלוונטית לנושא הקמת מאחזים בלתי מורשים, ותפיסת קרקעות שלא כדין; אחראי למתן אישור לביצוע צווי הריסה בגין בניה שלא כחוק; אחראי להוצאת צווי תיחום שטח במגמה לפנות מאחזים; אחראי למתן הוראה לצה"ל לפנות בפועל מאחזים בלתי מורשים.

אפרט להלן את הממצאים לגבי כל אחד מהמשרדים לעיל. בצד הממצאים אציין את עיקר ההמלצות שהמלצתי לגבי כל אחד. עם זאת יש להפנות את תשומת הלב לכך שבפרק ההמלצות מצויות המלצות נוספות שהן מטבען כלליות יותר.

<u>סוגי ההמלצות, בהתאם למבוקש בכתב המינוי הן:</u>

א. המלצות ארגוניות

ב. שינוי החלטות ממשלה קיימות וקבלת החלטות ממשלה חדשות

ג. מתן הוראות מנהליות לרשויות שונות בנושאים הקשורים בהקמת מאחזים בלתי מורשים

ד. הצעות חקיקה בכנסת

ה. רפורמה בתחיקת הביטחון בשטחים

ו. המלצות ליועץ המשפטי לממשלה

2.8 החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית

ההסתדרות הציונית אליה שייכת החטיבה להתיישבות הינה גוף מיישב, בהתאם להחלטת הממשלה בעניין. מתפקידה של החטיבה להתיישבות לסייע לממשלה בהקמת יישובים ישראלים בשטחי איו"ש. היא מתוקצבת כולה על ידי אוצר המדינה.

החטיבה להתיישבות פעלה רבות להקמת יישובים ישראלים בשטחי איו"ש. ממצאי הדו"ח מלמדים שהיא הקימה בעיקר מאחזים בלתי מורשים רבים, ללא אישור הדרג המדיני המוסמך.
מעשיה של החטיבה מעלים שלא קיים עוד מנגנון מדיני להקמת ישובים חדשים בשטחים. ההחלטה על הקמת ישובים "ירדה מדרגה" והפכה להחלטה של פקידים, אף שלא הוסמכו לכך. אין זו החלטה של דרג נבחר, שיש לו אחריות ציבורית כלפי צבור בוחריו.

"הקטר המניע" להחלטה על הקמת מאחזים הן ככל הנראה, מועצות אזוריות באיו"ש, מתנחלים ופעילים, חדורי אידאולוגיה ומוטיבציה להגברת ההתנחלות הישראלית בשטחי איו"ש. עמם שותפים חלק מפקידי החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, ומי מבין עובדי משרד הבינוי והשיכון, שפעלו לקידום תופעת המאחזים הבלתי מורשים. כל אלה נעשו, החל מאמצע שנות התשעים ואילך, ככל הנראה בהשראת שרי שיכון שונים, מי מהם בעצימת עין ומי מהם בתמיכה עידוד וזרוז, תוך מתן עזרה ותמיכה של משרדי ממשלה אחרים, בין מיוזמת פקידים מסוימים ובין מיוזמה ועידוד של הדרג המדיני של אותו משרד.

החטיבה להתיישבות, אמורה להיות דרג ביצועי בלבד, שתפקידה הוא להוציא לפועל החלטות של הדרג המדיני. אלא שכאן התהפכו היוצרות, והדרג הביצועי הפך, שלא לפי ייעודו, לשותף לדרג המחליט.

החטיבה קיבלה הקצאות קרקע מהממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במנהל האזרחי בהנחה שתפעל בתום לב ולפי כללי ההקצאה. אך מתברר שהחטיבה פעלה בניגוד להסכם עם הממונה בכמה מישורים: הקצתה קרקע לאחרים בהקצאת משנה ללא אישור הממונה; הקצתה את הקרקע לאחרים למרות שבחלק מהמקרים קיבלה את הקרקע אך ורק לצורך תכנון בלבד. ההקצאה נעשתה אף ללא יידוע הממונה. לא פעלה להסדרת מעמדם של המתיישבים בקרקע מול הממונה.
החטיבה להתיישבות הקימה מאחזים בלתי מורשים תוך התעלמות מהצורך בתכנון תוכנית בת תוקף וזאת שלא באקראי אלא כשיטת עבודה. בכך פעלה בניגוד לחוק התכנון והבניה הירדני החל בשטחים. היא אף לא ניסתה כלל להביא לאישור תוכנית **טרם** העלייה על הקרקע.
חלק מהישובים שהקימה חורגים מתחום ההקצאה, **והם ממוקמים בחלקם על קרקעות שאינן אדמות מדינה** (חלק מהישוב מצוי בתוך תחום ההקצאה, וחלק אחר שלו ממוקם מחוץ לתחום ההקצאה על קרקעות שהן לעיתים קרקעות סקר, ולעיתים קרקעות פרטיות).

__טענות החטיבה ותשובותיה לממצאים:__

א. אין צורך באישור דרג מדיני להקמת מאחזים

ב. אם יש צורך – אזי ניתן אישור כנדרש

ג. המאחזים הוקמו ללא תוכנית מפורטת בת תוקף כי כך מקימה החטיבה באופן שיגרתי יישובים גם בישראל.

טענות החטיבה להתיישבות אינן עולות בקנה אחד עם הממצאים אליהם הגעתי. הקמת המאחזים טעונה אישור דרג מדיני הן לפי החלטות הממשלה והן לפי הדין החל בשטחים. טענותיה לפיהן ניתן אישור דרג מדיני להקמת המאחזים על ידה – אין בהן ממש.
החטיבה מנסה להצדיק פעולותיה להקמת מאחזים בניגוד לחוק התכנון והבניה בטענה כי היא עושה כן כשיטת עבודה, גם בישראל. טענה זו אי אפשר לקבל כל עיקר. לא ניתן להצדיק פעולות הנעשות בניגוד לחוק. ודאי שהפרות חוק נמשכות במקום אחד – אינן מצדיקות הפרות חוק נמשכות במקום אחר.

מסקנתי הינה שיש להביא לשינוי יסודי בתפקוד החטיבה להתיישבות.

<u>עיקר המלצותיי לעניין החטיבה להתיישבות</u>

לקבל החלטת ממשלה שאלה הם עיקריה:
לבטל את כל הקצאות הקרקע שבידי החטיבה להתיישבות וטרם הוקצו על ידה לאחרים ולהחזירן לממונה - במידה שיש כאלה עדיין; לבטל את כל הקצאות הקרקע שהוקצו לחטיבה להתיישבות והיא הקצתה אותן לאחרים בניגוד להרשאה; לבטל את כל ההקצאות שהחטיבה הקצתה לאחרים וטרם נעשה בהן שימוש, ולהחזיר את הקרקע לממונה; לבטל את כל ההקצאות עליהן הוקמו מאחזים בלתי מורשים ולהחזיר את הקרקע לממונה; להפסיק את פעולות החטיבה להקמת ישובים אלא אם החטיבה תוסמך אד הוק על ידי הממשלה לתפקד כגוף מיישב לצורך הקמת יישוב או הרחבה של יישוב קונקרטי באיו"ש שהממשלה תחליט על הקמתו או הרחבתו; משרד האוצר יבדוק את השינויים הנדרשים בתקציב החטיבה להתיישבות בהתחשב בהחלטות אלה ויתאים את תקציבה להחלטה זו.

2.9 משרד הבינוי והשיכון

משרד הבינוי והשיכון מעורב בהקמת מאחזים בלתי מורשים.

הזרוע המרכזית (אך לא היחידה) למעורבות המשרד במאחזים בלתי מורשים היא המינהל לבניה כפרית, שהתמקד מזה שנים בעיסוק בהקמת ישובים חדשים באיו"ש והרחבות של יישובים ותיקים. המינהל לבניה כפרית פעל בהתאם למדיניות שהכתיבו שרי השיכון ומנכ"לי המשרד בשנים הרלוונטיות לתופעת הקמת המאחזים, קרי מאמצע שנות התשעים ואילך.

נראה כי חלק נכבד מתקציב משרד הבינוי והשיכון שמופנה למינהל לבניה כפרית, לפחות בשנים 2000 עד 2004, הוזרם לבניה בשטחים, ובכלל זה למאחזים בלתי מורשים.

פעולות משרד הבינוי והשיכון להקמת מאחזים בלתי מורשים הידועות לי הן אלה:

2.9.1 <u>סיוע במימון הקמת תשתיות ומבני ציבור למאחזים בלתי מורשים</u>

משרד הבינוי והשיכון סייע למועצות האזוריות באיו"ש במימון הקמת תשתיות (כמו הכשרות שטח, פיתוח, פריצת דרכים וסלילתן, חיבור לתשתיות מים וחשמל ואחרות, הכנת תשתיות לחיבור קרוונים ועוד) והקמת מבני ציבור למאחזים בלתי מורשים. הסיוע נעשה במסווה של הקמת שכונות חדשות ליישובים ותיקים, הכל כדי לעקוף את הקושי שבהעדר החלטת ממשלה על הקמת המאחזים. משרד הבינוי והשיכון היה מודע לכך שאין אישור דרג מדיני מוסמך להקמת המאחזים.

הסיוע של משרד הבינוי והשיכון להקמת המאחזים הבלתי מורשים נעשה בדרך עוקפת - באמצעות המועצות האזוריות, כאשר משרד הבינוי והשיכון לא התקשר ישירות עם הקבלנים לביצוע העבודות, אלא המועצות האזוריות הן שעשו כן, ומשרד הבינוי והשיכון מימן זאת.

משרד הבינוי והשיכון יצר בשנת 2001 סעיף תקציבי מיוחד בשם "פתוח כללי שונות" והשתמש בו למימון הסיוע למאחזים בלתי מורשים. סעיף תקציבי זה עמד בשנת 2001 על 17,000,000 ₪. בשנת 2002 עמד על 34,000,000 ₪. לא נקבעו כל קריטריונים לשימוש בכספים אלה, ואין שקיפות ציבורית לגבי יעדי התקציב והשימוש שנעשה בו.

בין השנים 2000 עד שנת 2004 שילם משרד הבינוי והשיכון עבור מאחזים בלתי מורשים (לפי רשימה חלקית שהועברה אליו), לפי הנתונים שמסר עד כה, **סכום של 71,870,000 ₪.**

נתון מספרי זה נמסר על ידי משרד הבינוי והשיכון – המינהל לבניה כפרית. **<u>הסכום איננו תואם את נתוני המשרד כעולה מתוך תוכניות העבודה של המשרד לשנים הרלוונטיות</u>. נחזה מתוך תוכניות העבודה, לכאורה, כי המשרד תיקצב מאחזים בלתי מורשים בסכומים גבוהים מאלה מהרבה.** שאלות בעניין הופנו למשרד השיכון אך טרם נענו לגופן (ראה פירוט בעניין בסעיף 8.3.1.1). זמן מה לפני הגשת חוות הדעת לראש הממשלה הודיעני משרד הבינוי והשיכון כי פנייתי האחרונה נבדקה על ידו ועתה מתברר להם כי הנתונים שנמסרו לי קודם לכן הם בחלקם שגויים. לטענתם נערכת בדיקה נוספת בעניין עתה.

מכל מקום, נראה כי הסכום ששולם בפועל עולה ככל הנראה, בהרבה, על הסכום שלעיל. עוד יש לציין כי הסכומים שלעיל הם נומינאליים.

כמו כן אין סכום זה כולל את הסכומים ששולמו על ידי משרד הבינוי והשיכון עבור הקמת תשתיות, מבני ציבור, ותכנון <u>בשכונות בלתי מורשות</u> באיו"ש.

משרד הבינוי והשיכון ידע שעבודות הבניה הנעשות במימונו נעשות **ללא סטאטוס תכנוני כחוק**. **במלים אחרות – הן נעשות תוך הפרת חוק התכנון והבניה בריש גלי.**

משרד הבינוי והשיכון לא עשה כל פעולה לבדיקת טיב הזכויות בקרקע עליה מוקמים מאחזים בלתי מורשים במימונו. חלק מהמאחזים שהוקמו בסיוע משרד הבינוי והשיכון הוקמו על קרקע

פרטית של פלסטינים ואדמות סקר. משרד השיכון טוען כי לא ידע זאת. אין מחלוקת כי לא טרח לברר זאת.

2.9.2 <u>תכנון מאחזים בלתי מורשים, חלקם בקרקעות פרטיות של פלסטינים</u>

משרד השיכון העסיק את אדריכליו, ואף מימן העסקת אדריכלים חיצוניים בתכנון מאחזים בלתי מורשים, וזאת לאחר הקמתם, ביודעו כי אין החלטת ממשלה או דרג מדיני מוסמך על הקמתם. תכנון חלק מהמאחזים הבלתי מורשים נעשה לגבי מאחזים שהוקמו על קרקע פרטית פלסטינית.

2.9.3 <u>רכישת קרוונים והצבתם במאחזים בלתי מורשים בשנת 2003</u>

אחת הדוגמאות הבולטות לאי תקינות מנהלית, הנוגע גם למאחזים בלתי מורשים היא פרשת רכישת הקרוונים על ידי משרד הבינוי והשיכון.

משרד הבינוי והשיכון החליט בשנת 2003 לתמוך ברכישת קרוונים על ידי המועצות האזוריות באיו"ש.
סכום תקציב הקרוונים: **33,749,180** ₪.
משרד הבינוי והשיכון ניסה להשיג פטור ממכרז כדי שיוכל להזרים את הכספים הנחוצים עבור הקרוונים למועצות האזוריות. משרד האוצר התנגד למתן פטור ממכרז. העניין התגלגל לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה, שהמשנה שלו קבע כי על משרד הבינוי והשיכון לקבוע קריטריונים, כתנאי לתמיכה במועצות האזוריות. משרד הבינוי והשיכון לא חפץ לקבוע קריטריונים והחליט על מתן התמיכה בדרך אחרת, שתעקוף את ה"קושי" שהציבה בפניו המערכת המשפטית.

משרד הבינוי והשיכון החליט על רכישת הקרוונים בעצמו, וחלוקתם למועצות האזוריות באיו"ש ורק להן, ללא הסבר, וללא קביעת קריטריונים לחלוקה.
משרד הבינוי והשיכון פרסם מכרז מסגרת לרכישת קרוונים. במכרז זכו שתי חברות. מחברה אחת הזמין המשרד 400 קרוונים. מהשנייה 120. התברר **כי חלק מהקרוונים הוזמנו ויוצרו זמן ניכר קודם לכן, עבור המועצות האזוריות באיו"ש.** קרוונים אלה הוצבו כבר בשטח, שעה שפורסם מכרז משרד הבינוי והשיכון לייצורם. סה"כ הוצבו אותו זמן 140 קרוונים בשטחים. כ- **90 מהם במאחזים בלתי מורשים.**
התברר כי **החברה שזכתה במכרז** משרד השיכון והתבקשה לייצר 400 קרוונים, **היא זו שייצרה עבור המועצות האזוריות את הקרוונים עבורם שילם משרד הבינוי והשיכון.**
משרד הבינוי והשיכון העביר את כל 400 הקרוונים לשטחי איו"ש **בלי שנחתמו הסכמים** עם המועצות האזוריות או עם מי שקיבל אותם לשימושו בדבר **התמורה** שאמורה להשתלם למשרד הבינוי והשיכון.
מזה כשנה וחצי לא קיבל משרד הבינוי והשיכון כל תמורה עבור הקרוונים.
עם כניסת השרה ציפי ליבני לתפקיד מ"מ שר הבינוי והשיכון, היא נתנה הוראה מיידית להפסיק את העברת הקרוונים לאיו"ש עד שתיערך בדיקה בנושא.

<u>**עיקר ההמלצות לגבי משרד הבינוי והשיכון**</u>

1. לקבל החלטת ממשלה שאלה הם עיקריה:

(א). **<u>בנושא תכנון, תקצוב והקמת מאחזים ו/או מבנים בלתי מורשים</u>**

משרד הבנוי והשיכון לא יתכנן יישוב בשטחי איו"ש, או שכונה או הקמת מבנים כלשהם טרם שעשה בדיקה ממצה בדבר טיב הזכויות בקרקע המיועדת לתכנון; משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן הקמת ישוב או שכונה בלי שהדרג המדיני המוסמך החליט על כך; משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן בדיעבד מאחז בלתי מורשה; משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן, לא יתקצב ולא יבנה בקרקעות שאינן בגדר אדמות מדינה. למען הסר ספק משרד הבינוי והשיכון לא יעשה אף פעולה מהמנויות לעיל בקרקעות סקר או בקרקעות שהן קרקעות פרטיות של פלסטינים; משרד הבינוי והשיכון יקים מאגר נתונים בדבר טיב הזכויות בקרקעות באיו"ש, מאגר שיהיה זמין לכל יחידות המשרד לרבות המינהל לבניה כפרית; משרד הבינוי והשיכון לא יממן ולא יבנה, בעצמו או באמצעות אחרים בלי שניתן היתר בניה קודם לכן.

(ב). **<u>לגבי רכישת קרוונים</u>**

כל רכישה של קרוונים בעתיד המיועדים לשטחי איו"ש, בין אם תעשה על ידי משרד הבינוי והשיכון ובין אם על ידי משרד אחר כלשהו, תחייב קבלת הסכמת ראש הממשלה ושר הביטחון לרכישה, וזאת טרם פרסום מכרז לייצור הקרוונים או מכרז לרכישתם. זאת באשר רכישת קרוונים המיועדים לשטחים כמוה כאישור לבניית בתים בשטחים.

2. **<u>המלצות מנהליות בנושא הקרוונים</u>**

ניתנו מספר המלצות מנהליות בנוגע לרכישת הקרוונים, ובהן קביעת קריטריונים לרכישה בעתיד; הקרוונים שנרכשו יידרשו על ידי משרד השיכון מהמועצות האזוריות; הומלץ לדרוש השבה כספית עבור השימוש בהם עד להשבתם בפועל למשרד השיכון.

3. **<u>המלצה להעביר את החומר בדו"ח ליועץ המשפטי לממשלה</u>**

המלצתי להעביר ליועץ המשפטי לממשלה את ממצאי הדו"ח הנוגעים לפרק זה על מנת שישקול אם יש מקום לנקוט בהליכים משפטיים נגד עובדי מדינה ומעורבים אחרים שפעלו ביודעין בניגוד לחוק בכל הנוגע להקמת מאחזים בלתי מורשים.

וכן, המלצתי להעביר את החומר שבדו"ח זה בכל הנוגע לפרסום המכרז לייצור הקרוונים והזכייה בו, העברתם למאחזים בלתי מורשים וכל עניין אחר הנוגע לפרשת הקרוונים ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיבחן אם יש מקום לנקוט בהליכים משפטיים נגד מי מעובדי המשרד ומעורבים אחרים.

2.10 המינהל האזרחי באיו"ש

בחנתי אספקטים שונים של תחומי סמכויותיו ופעולותיו הרלוונטיים להקמת מאחזים בלתי מורשים.

<u>אלה עיקר הממצאים:</u>

<u>לגבי נושא איתור קרקעות וברור טיב הזכויות בקרקע המיועדת להקמת יישובים ישראלים:</u>

נמצא כי הוקצו קרקעות על ידי המינהל האזרחי לחטיבה להתיישבות שחלקן קרקעות המוגדרות כאדמות סקר וחלקן אף קרקעות פרטיות של פלסטינים. זאת ככל הנראה מחמת טעויות שנפלו בדרך סימון אדמות מדינה על המפות. עקב כך, בין השאר, הוקמו חלק מהמאחזים הבלתי מורשים על קרקעות שאינן אדמות מדינה.

המלצתי כי לגבי הקצאות חדשות יפסקו הקצאות הקרקע עד שתיערך בדיקה מעמיקה חוזרת בדבר טיב הזכויות בקרקע המוקצית, על מנת שיוקצו אך ורק קרקעות מדינה, בהתאם להחלטת

הממשלה משנת 1979; לגבי הקצאות ישנות תעשה בדיקה שיטתית חוזרת של טיב הזכויות בקרקע; ועדות התכנון יונחו שלא לאשר תוכנית אלא אם נעשתה בדיקה חוזרת של טיב הזכויות בקרקע לבירור ודאי כי התוכנית תחול על אדמות מדינה בלבד.

פתיחה בנוהל אדמות סקר לגבי מאחזים בלתי מורשים – מצאתי כי אין מקום לפתוח בנוהל אדמות סקר לגבי מאחזים שהוצא לגביהם צו תיחום שהרי בכך הביע הדרג המדיני עמדתו כי לא רק שהמאחזים אינם חוקיים – אלא שיש לפנותם. פתיחה בנוהל אדמות סקר לגביהם היא בבחינת תרתי דסתרי. **המלצתי** על כן כי תתקבל החלטת ממשלה לפיה לא תוגש בקשה לפתיחה בנוהל אדמות סקר ואם הוגשה – לא תיבדק לגבי מאחזים שהוצא לגביהם צו תיחום. כמו כן המלצתי כי לא תוגש ולא תיבדק בקשה לפתיחה בנוהל אדמות סקר לגבי מאחז בלתי מורשה (גם אם לא הוצא צו תיחום) אלא אם הממשלה החליטה עקרונית כי היא מבקשת להכיר בו כיישוב מוכר, ולצורך כך יש מקום לפתיחה בנוהל סקר אדמות. עוד המלצתי כי החלטה על פתיחה בנוהל אדמות סקר תינתן מעתה ואילך רק בידי שר הביטחון או סגנו (עד כה ניתנו הנחיות בנדון זה על ידי ע' שר הביטחון להתיישבות).

<u>**היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית**</u>

מצאתי כי ניתן לקבל היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית שחלה בשטח. בעוד שלצורך מתן תוקף לתוכנית המוגשת לאישור מכוח תחיקת הביטחון נדרש אישור הדרג המדיני, הרי שניתן לקבל היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית ללא אשור הדרג המדיני. דרך פירצה זו הוקמו חלק מהמאחזים הבלתי מורשים.

מוצע לעשות את אלה:

להנחות את שר הביטחון להורות לממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש כי על כל בקשה להיתר בניה לפי תוכנית מנדטורית המתייחסת לקרקע שהיא אדמות מדינה – יחתום מעתה הממונה, ולא ההסתדרות הציונית שנהגה לחתום עד כה.

ועדה לרישוי (המוסמכת לתת היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית) לא תקבל עוד בקשה להיתר כאמור אלא רק אם היא תהא חתומה על ידי הממונה. הממונה לא יחתום טרם שקיבל את אישור שר הביטחון לכך. **התוצאה תהיה שבאדמות מדינה ניתן יהיה לקבל היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית רק אם אישר זאת שר הביטחון קודם לכן.**

עוד מוצע כי ועדה לרישוי תונחה שלא לתת היתר בניה לישראלי טרם שהמבקש הציג אישור ממפקד האזור כי המפקד מסכים למתן ההיתר.

בהתאם ל**צו בדבר הפיקוח על הבניה (יהודה ושומרון) (מספר 393), תש"ל – 1970** יקבע מפקד האזור בצו כי ממועד כניסת הצו לתוקף ואילך יתנו ועדות הרישוי היתר בניה לפי תוכנית

מנדטורית רק למבקש ישראלי המציג אישור מפקד האזור למתן ההיתר. זאת נוכח המשמעות הביטחונית של הקמת בית מבודד (תוכנית מנדטורית מאפשרת הקמת בית אחד) לישראלי בשטחים.
התוצאה מהאמור לעיל תהיה כי לא יינתן עוד היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית ללא הסכמת שר הביטחון ו/או מפקד האזור.

<u>בקשה להיתר בניה לפי תוכנית מפורטת</u>

הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי, שהוא נציג הבעלים של אדמות המדינה, מקצה קרקעות להסתדרות הציונית. מאז 1996 מוקצית להסתדרות הציונית קרקע למטרת **תכנון בלבד**. מתברר כי היא מקצה את הקרקע בפועל לאחרים בניגוד להרשאה, לפיתוח והקמת יישוב.

עוד מתברר כי ועדות התכנון במינהל האזרחי מנפיקות היתרי בניה לפי תוכנית מפורטת בת תוקף כשהקרקע הוקצתה להסתדרות הציונית, ללא חתימת הממונה – וזה שלא כמו בישראל, בה נדרש מינהל מקרקעי ישראל לחתום על היתר בניה כתנאי להנפקתו.

עולה מהדברים כי למעשה, מעת שהיקצה הממונה קרקע להסתדרות הציונית, וחתם על בקשה לתוכנית מפורטת - נותק הקשר בינו לבין הקרקע, שכן כאמור, כאשר מתבקש היתר בניה למימוש התוכנית – לא נדרשת חתימת הממונה. בין השאר מטעם זה לא הוסדרו יחסים חוזיים בין הממונה לבין המתיישבים באיו"ש, ולא שולמו כספים לממונה עבור השימוש בקרקע.

לפיכך יש מקום לדרוש כי לא יונפק עוד היתר בניה על ידי ועדת תכנון אלא אם הממונה נתן את הסכמתו לכך בחתימתו. חתימת הממונה תעשה רק לאחר שמערכת היחסים החוזית והכספית תוסדר כראוי בין הצדדים.
הסדר כמוצע לעיל יתרום למניעת הקצאות הקרקע על ידי החטיבה להתיישבות בניגוד להרשאה, שכן הממונה לא יחתום על היתר בניה מקום שהקרקע הוקצתה להסתדרות הציונית לתכנון בלבד.
המלצתי כי ראש הממשלה ינחה את שר הביטחון להורות למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי כי ועדת תכנון לא תדון בבקשה להיתר בניה ולא תוציא היתר בניה מכוח תוכנית מפורטת החלה על אדמות מדינה, טרם שהממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש יאשר בכתב כי הוא מסכים לכך; הממונה

לא יחתום על היתר בניה טרם שהוסדרה המערכת החוזית בין הממונה לבין החטיבה, בין הממונה לבין המתיישבים, וטרם הסדרת התשלומים הכרוכים בכך; הממונה לא יחתום על היתר בניה מקום שהקרקע הוקצתה להסתדרות הציונית למטרת תכנון בלבד.

<u>חיבור לרשת המים והחשמל</u>

לגבי חיבור לרשת המים של מקורות, ולרשת החשמל של חברת חשמל, נמצא שיש לקבל היתר מקמ"ט חשמל וקמ"ט מים של המינהל האזרחי, לפי העניין. מצאתי כי חלק מהמאחזים הבלתי מורשים חוברו לרשתות כאמור. מצאתי כי קמ"ט חשמל אישר חיבורים כאמור בלי שהפעיל שיקול דעת המתחייב בנסיבות. עוד מתברר כי האישור ניתן לחלק מהמאחזים ולחלק לא, ללא קריטריון ברור. לפי חוות דעתי המשפטית, ככלל אין ליתן היתר לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל אלא במקרה חריג ומטעם בטחוני מיוחד ולפי קריטריונים שייקבעו. בכל הנוגע למתן היתר לחיבור לרשת המים (מקורות) – אני סבורה כי ככלל אין מקום למתן היתר, וקשה לי לראות מקרה מיוחד שיצדיק זאת.
שר הביטחון שותף לדעה זאת והודיעני כי הנחה שלא יחובר מאחז בלתי מורשה לתשתיות, ובהן לרשת המים או החשמל.
המלצתי כי שר הביטחון יורה למתאם הפעולות בשטחים וראש המינהל האזרחי לקבוע קריטריונים מוצעים למקרה חריג לגבי חיבור חשמל, כאשר **הכלל הוא שאין לאשר חיבור מאחזים בלתי מורשים לתשתיות, לרבות חשמל ומים**. קריטריונים אלה, בנוגע לחיבור לרשת החשמל כמקרה חריג מטעם ביטחוני מיוחד, יובאו לאישור היועץ המשפטי לממשלה, אם ימצא לנכון לעשות כן. כמו כן המלצתי על תיקון חקיקה שיהא מקביל להוראות חוק התכנון והבניה הישראלי והתקנות על פיו, המתנים חיבור תשתיות של חשמל מים וטלפון למבנה בקבלת "טופס 4".

<u>יחידת הפיקוח</u>

יחידת הפיקוח היא זרוע אכיפת החוק של המינהל האזרחי על הבניה הבלתי חוקית באיו"ש. היחידה אמורה לפקח על הבניה הבלתי חוקית הישראלית והפלסטינית. בשנת 1998 החליט מפקד האזור להגביל את תחום הפיקוח של יחידת הפיקוח. הותר לה שלא לפקח בישובים בתחום בו חלה תוכנית מפורטת בת תוקף. אך בניגוד להנחיה, "מתחה" יחידת הפיקוח את הגבלת הפיקוח שקיבלה הרבה מעבר לתחום שהותר לה, והפסיקה לפקח בתחום יישובים ישראלים באיו"ש בכלל, בין אם חלה בהם תוכנית מפורטת

ובין אם לאו. עקב כך, בין השאר, האינפורמציה שבידה בנוגע למתרחש בשטח אינה מלאה, ובמקרים רבים לא נמסר ולא דווח על ידה על בנית שכונות, הרחבות, ומאחזים בלתי מורשים.
עם זאת יש טעמים נוספים לחסר האינפורמטיבי שבידי יחידת הפיקוח, טעמים שאינם באחריות יחידת הפיקוח, ובהם: יחידת הפקוח היא דלה באנשים ואין בכוחה למסור נתונים מלאים בזמן אמת על כל המתרחש בשטח; מזה 4 שנים שצילומי אוויר לצורך מעקב שוטף על הבניה הבלתי חוקית בשטחים הופסקו. עקב כך, בין השאר, אין בידי המינהל האזרחי מלוא האינפורמציה

הנחוצה לגבי הבניה הבלתי חוקית בשטחים. רק לאחרונה חודשו טיסות הצילום אך עדיין בקצב שאינו משביע רצון.
ביום 24.1.05 הודיעני שר הביטחון בתשובה לפנייתי אליו בעניין כי הורה לחדש את טיסות הצילום בתדירות של פעם בחודש, <u>**נספח 3**</u> לחוברת ג'.

אי ביצוע צווי הריסה: יחידת הפיקוח הוציאה אלפי צווי הריסה לפי נוהל בניה בלתי חוקית (ראה פרק ראשון פתח דבר, הבהרת מושגים - נוהל בב"ח) – אך אלה נותרו ללא מעש. מתברר כי רק בהוראת שר ביטחון ניתן לממש את הצווים. מזה שנים ארוכות נמנעו שרי הביטחון מלהורות על ביצוע צווי הריסה, למעט מקרים בודדים. הנושא הוצג על ידי לשר הביטחון הנוכחי מר מופז (ראה תשובת שר הביטחון בעניין ועמדתי המפורטת שם – פרק תשע, סעיף 9.1.8)
יוצא שיחידת הפיקוח פועלת "על ריק".

מכאן עולה כי יחידת הפיקוח כמכשיר לאכיפת החוק על בניה בלתי מורשית היא אינה משמעותית, כמעט זניחה, ולא מופקת ממנה התועלת המצופה והמתחייבת מתפקידה.

המלצתי להגדיל את כוח האדם של יחידת הפיקוח; שר הביטחון הודיעני כי הורה על חידוש טיסות למעקב וצילומי אוויר מדי חודש, הוראה זו נראית לי מספקת. עם זאת יש לקבוע גוף מפענח של צילומי האוויר; להרחיב את תחומי הפיקוח של יחידת הפיקוח על פני ההתיישבות הישראלית באיו"ש ולא להסתפק בפיקוח שבוצע עד כה בפועל. כמו כן מומלץ כי ראש הממשלה ינחה את שר הביטחון להורות על ביצוע צווי ההריסה שבתוקף.

<u>**היתר לשינוע קרוונים**</u>

הדרך האופיינית להקמת מאחזים בלתי מורשים היא על ידי שינוע קרוונים, הנחתם על הקרקע וחיבורם לתשתיות. הקרוונים הם "בית על גלגלים". ניודם מאפשר הקמת יישוב בן לילה.

לשם שינוע קרוון לשטחים ובתוכם, יש צורך בהיתר. לשם הנחתם על הקרקע – יש צורך בהיתר בניה. מכאן שניתן לקבל אישור לשינוע קרוון רק אם חלה תוכנית בת תוקף במקום היעד המאפשרת הנחת הקרוון על הקרקע.

מתברר כי עוזר שר הביטחון להתיישבות אישר שינוע קרוונים לאזור גם כאשר נמסר לו שאין סטאטוס תכנוני למקום היעד; גם עוזר שר הביטחון הקודם עשה מעשים דומים, לפי ממצאי דו"ח מבקר המדינה בנושא, ולפי מסמכים שבידי.

כמו כן מתברר כי קרוונים שקיבלו אישור להגיע למקום פלוני – לא הגיעו ליעדם. בתקופת זמן מסוימת לגביה נערכה בדיקה (2004) התברר כי מתוך 111 קרוונים שנכללו בבדיקה כ – 70 לא הגיעו ליעדם. במקביל הגיעו קרוונים למאחזים בלתי מורשים.

ביולי 2004 הורה שר הביטחון מר מופז להחמיר את ההוראות לעניין מתן היתר לשינוע קרוונים. הוא הורה כי הקרוונים שיקבלו היתר ילוו על ידי חיילי צה"ל עד שיגיעו למקום היעד. למרות הנחיה זו מתברר כי קרוונים ממשיכים להגיע למאחזים בלתי מורשים.

לאחרונה נמסר לי כי שר הביטחון החמיר עוד את התנאים הנדרשים למתן היתר לשינוע קרוון. השר דורש כי יוכח לו הצורך בקרוון כתנאי לאישור שינועו.

למרות הצעדים החיוביים שננקטו על ידי שר הביטחון בעניין זה, עדיין ממשיכים קרוונים להגיע למאחזים בלתי מורשים.

לשם המחשה, לפי "דו"ח אתרים לא חוקיים ופלישות טריות ביש"ע" סיכום נתונים בין 18.8.04 עד 5.12.04 מצביע כי בין התאריכים הנ"ל הונחו 64 קרוונים במאחזים בלתי מורשים למרות שבתקופה זו הוחמרו הקריטריונים למתן היתר לשינוע.

המלצתי כי תנאים שהונהגו כבר בפועל – כמו חובת המבקש לצרף היתר בניה כדין מטעם ועדה לתכנון, והגשת תצהיר ערוך כדין כדי להבהיר את הצורך בקרוון – יעוגנו בתחיקת הביטחון לגבי מתן היתר לשינוע קרוונים. כמו כן תעוגן בצו הדרישה כי מבקש ההיתר יחוייב בהצגת תצלום אוויר של יעד הקרוון, תוכנית מפורטת בת תוקף, וחתימה של מהנדס המועצה המקומית כי הקרוון יונח בהתאם לתוכנית; בנוסף הצעתי כי המבקש היתר לשינוע קרוון יחוייב להמציא **ערובה** בסכום שייקבע כדי לוודא שהקרוון יגיע ליעדו המוצהר ויישאר שם. הערובה תעמוד בתוקפה 18 חודש מעת כניסת הקרוון לשטחי איו"ש. היה ויימצא כי קרוון אינו מונח במקומו – תחולט הערובה.

<u>קביעת קדנציות לאנשי המינהל האזרחי</u>

אנשי המינהל האזרחי חשופים ללחצים בתוקף תפקידם הקשה. היקף הסמכויות שבידם מחד, והתמודדותם מול אוכלוסיה חדורת להט אידאולוגי מאידך, מעמידה אותם מול בקשות למתן אישורים והיתרים, לחצים ושתדלנות. משך זמן השירות בתנאים המתוארים עלולים לגרום לשחיקה ופגיעה בתפקוד.

אנשי המינהל האזרחי המצויים בתפקידי ניהול, אינם מתחלפים בתפקידם כנהוג בצה"ל והם מכהנים בתפקידם שנים ארוכות.

המלצתי היא לקבוע קדנציות של פרק זמן קבוע וקצוב, לתפקידי ניהול במינהל האזרחי.

2.11 עוזר שר הביטחון להתיישבות

יחידת עוזר השר כפופה ישירות לשר הביטחון. בראשה עומד עוזר שר הביטחון להתיישבות; תפקידיו של עוזר שר הביטחון להתיישבות הוגדרו בהוראות פנימיות של משרד הביטחון. עוזר השר אמור לעסוק בעיקר במתן סיוע לרשויות מקומיות וליישובים בהקצאות תקציב לרכישת מרכיבי ביטחון; ייזום וסיוע בנושאי ביטחון בתחומי ההתיישבות; פקוח ומעקב על ביצוע מדיניות שר הביטחון בנושא ההתיישבות בתחומי איו"ש.

מצאתי כי עוזר שר הביטחון כתב מכתבים לחטיבה להתיישבות בהם אישר כי מאחזים מסוימים – שהם מאחזים בלתי מורשים - הם יישובים עצמאיים שיש לתת להם תקציב וסמל ישוב. שר הביטחון איננו מכותב למכתבים וע' שר הביטחון להתיישבות מר שכנר לא הודיע לו על משלוחם. שר הביטחון מאשר כי לא ידע על המכתבים ולא על תוכנם.

עוזר שר הביטחון להתיישבות טוען כי מכתבים אלה נכתבו אך ורק בקשר למרכיבי ביטחון למאחזים הבלתי מורשים. לא מצאתי כי מרכיבי ביטחון נכללו בתוכן המכתבים, מנגד נכללו בהם בקשות אחרות – בנוגע להענקת סמל ישוב ותיקצוב. יש להבהיר כי יישוב זכאי לסמל יישוב רק אם יש לו סטאטוס תכנוני כדין. **הענקת סמל יישוב היא תנאי זכאות לתקציבי משרד הפנים לרשויות המקומיות.**

מכתבים אלה חורגים לכאורה מגדר סמכותו של עוזר השר שכן אין זה מתפקידו לעסוק בהכרה ביישוב ובתיקצובו על ידי משרד הפנים;

מכתבים אלה אינם משקפים את עמדת שר הביטחון ומשרד הביטחון שכן שר הביטחון הצהיר בוועדה בכנסת שחלק מהמאחזים עליהם כתב מר שכנר במכתביו – הם בגדר מאחזים בלתי מורשים. יוצא שע' שר הביטחון פועל נגד מדיניות שר הביטחון, זאת כאשר הוא אמור לפעול ליישום מדיניות שר הביטחון ומשרד הביטחון ולא לייצר מדיניות משל עצמו, ודאי לא מדיניות הפוכה למדיניות משרד הביטחון.

מכתבים אלה נשלחו להנחיית רשות אחרת (החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית). נראה שהם עלולים להטעות. כיום נאחזת בהם החטיבה להתיישבות בטענה כי הם מהווים לדידה אישור דרג מדיני שהמאחזים הנזכרים במכתבים - מאושרים הם, וזאת כאשר בפועל דרג מדיני מוסמך לא החליט על הקמתם. אחד ממכתבי מר שכנר התגלגל לידי מקורות, אך היא דווקא סירבה להסתמך על מכתבו, וסירבה לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת המים. מכתב דומה הוצג לפני בית המשפט העליון בדיון בעתירה. על התייחסות בית המשפט העליון לנושא, ראה סעיף 9.2.2 לדו"ח).

עוד התברר כי עוזר שר הביטחון אישר שינוע יבילים לשטחים למרות שנמסר לו כי אין סטאטוס תכנוני כדין ליעד של אותם קרוונים. **משמעות הדבר היא כי עוזר שר הביטחון להתיישבות אישר שינוע קרוונים להצבה ביעד בלתי חוקי.** במקביל הוציא המינהל האזרחי את יחידת הפיקוח להוציא צווי הפסקת עבודה לאותם קרוונים, במטרה להוציא כלפיהם צווי הריסה.

עוד התברר כי עוזר שר הביטחון להתיישבות כתב לחטיבה להתיישבות מכתב בדבר אספקת חשמל לתאורה היקפית למאחזים בלתי מורשים. מכתב זה מהווה הנחיה כללית בשאלה עקרונית ובעייתית. כאמור, לדעתי בעיקרון חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל הוא איננו חוקי. מכתב זה נשלח ללא יידוע שר הביטחון.

עולה לכאורה מהמקובץ כי עוזר שר ביטחון להתיישבות פעל בניגוד לעמדות שר הביטחון ומשרד הביטחון תוך חריגה מסמכות; הנחה רשויות אחרות באופן שעלול היה להטעות; אישר פעולות שתוצאתן המסתברת והידועה מראש היא הפרת החוק.
הצגתי את העובדות המפורטות לעיל הן למר שכנר והן לשר הביטחון. (ראה עמדת מר שכנר ושר הביטחון בסעיף 9.2.2-4, וכן בסעיף 9.1.6). שר הביטחון הודיעני כי לא ידע על משלוח המכתבים, ולא היה מקום לשלוח אותם. הוא העיר למר שכנר על פעולותיו אלה, והורה לו שלא ייתן עוד כל אישור ביחס למאחזים הבלתי מורשים.

שקלתי בדבר ומצאתי כי אין די בכך.

המלצתי על כן לשקול את הצורך בתפקיד עוזר שר הביטחון להתיישבות. אם יש צורך – אזי יש למנות לתפקיד אדם שאין לו כל מחויבויות קודמות למאחזים ולמפעל ההתנחלויות, על מנת שימלא את התפקיד באופן אובייקטיבי, חסר פניות, ובהתאם להנחיות שר הביטחון.

עוד **המלצתי** לראש הממשלה להעביר את ממצאי הדו"ח בכל הנוגע לתפקוד עוזר שר הביטחון להתיישבות ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיבדוק נקיטת הליכים משפטיים נגד ע' שר הביטחון להתיישבות.

2.12 אכיפת החוק באיו"ש

פרק נכבד הקדשתי בדו"ח זה לנושא אכיפת החוק בשטחים בדגש על נושא המאחזים הבלתי מורשים.
שלוש סיבות מרכזיות אני רואה לכשל באכיפת החוק בשטחים בקשר למאחזים הבלתי מורשים:

א. מעורבות שלא כדין של רשויות מדינה, עובדי מדינה, ורשויות ציבוריות בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.

ב. אכיפת חוק בלתי אפקטיבית.

ג. העדר חקיקה מתאימה וכלים משפטיים הולמים לטיפול בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.

<u>הטיפול המשפטי בעבירות נלוות להקמת מאחזים בלתי מורשים:</u>

הקמת מאחזים בלתי מורשים כרוכה בביצוע עבירות פליליות.

הטיפול המשפטי במקרים אלה יכול להיות משני סוגים. האחד – טיפול פלילי, של פתיחת תיק פלילי וחקירה, גיבוש כתב אישום והעמדה לדין. השני – טיפול מנהלי על ידי צה"ל והמנהל האזרחי, לסילוק הקרוון הפולש או הבניה הבלתי חוקית או פינוי המאחז וכו'.

הטיפול הפלילי נתקל בבעיות רבות. חלקן – בשל העדר חקיקה מתאימה (לדוגמא: שינוע קרוון שלא בהיתר לשטחי איו"ש היא עבירה שדינה 5 שנות מאסר אך אין בית משפט מוסמך לדון בעבירה זו. התוצאה – פתיחת תיקים וניהול חקירות פליליות "על ריק". עבירת בניה בלתי חוקית – אינה עבירה

פלילית, כשלעצמה, בשטחים. התוצאה – לא מועמדים לדין בגין בניה בלתי חוקית בשטחים. ועוד) בעיה נוספת נעוצה בקושי המיוחד בהשגת ראיות בשטחי איו"ש. קושי חמור אחר הוא בשל מעורבות רשויות מדינה ורשויות ציבוריות בהפרת החוק על ידי הקמת המאחזים הבלתי מורשים.

הטיפול בדרך המינהלית כרוך בהנחיות מהדרג המדיני. ללא הנחיה של שר הביטחון לא יבוצע צו הריסה; ללא הוראה של ראש הממשלה ושר הביטחון לא יפונה מאחז בלתי מורשה וכן הלאה.

מזה שנים שלא ניתנת הנחית שרי הביטחון לביצוע צווי הריסה. **אלפי צווי הריסה מונחים ללא מעש. כמו כן לא ניתנת הוראה מדינית גורפת להוצאת צווי תיחום שטח נגד המאחזים הבלתי מורשים (פינוי מאחז יכול להיעשות רק לאחר הוצאת צו תיחום שטח). וכן, גם המאחזים שצו התיחום שהוצא נגדם אושר כבר בבג"צ (4 במספר ועוד שניים שפונו וחזרו, סה"כ 6)- לא פונו, למרות שחלפו חודשים מאז אישור בג"צ.**

חוסר המעש האמור משדר כשלעצמו מסר ברור של אי אכיפת חוק בשטחים.

תחיקת הביטחון בשטחים נתונה לכאורה בידי מפקד האזור. אך באופן מעשי, נדרש גיבוי הדרג המדיני לחקיקת תחיקת הביטחון. במיוחד זו הרלוונטית לאכיפת החוק בקשר להקמת מאחזים

בלתי מורשים. ללא גיבוי כאמור – לא תתוקן תחיקת הביטחון, הדורשת זה שנים תיקונים נרחבים. רק בחודשים האחרונים החלה להיעשות עבודת הכנה מסוימת למספר תיקוני חקיקה.

<u>אכיפת החוק בשטחים בקשר למאחזים נתונה באופן ניכר בידי הדרג המדיני</u>

המסקנה המתבקשת היא שאכיפת החוק בשטחים, במיוחד בנושא הטיפול בהקמת מאחזים בלתי מורשים, <u>בנבדל</u> מאכיפת החוק בישראל, נתונה למעשה בחלקה, בידי הדרג המדיני הישראלי.

<u>המסר המועבר מהדרג המדיני בנוגע לאכיפת החוק בקשר למאחזים בלתי מורשים</u>

המסר המועבר מהדרג המדיני בכל הקשור לאכיפת החוק בשטחים הוא מסר של אי אכיפה. לא רק שהעבריין אינו נענש. התמונה בכללותה מחייבת מסקנה שאיש איננו מתכוון ברצינות לאכוף את החוק:

חלק מתפיסות הקרקע והבניה שלא כדין נעשו בסיוע משרד השיכון והחטיבה להתיישבות ללא רשות וללא סמכות **תוך הפרת החוק** בריש גלי; מדינת ישראל מממנת, לפחות חלק מהקמת המאחזים הבלתי מורשים; המינהל האזרחי מעלים עין זה שנים מהרחבות של שכונות שלמות בסמוך ושלא בסמוך ליישובים, ללא תכנית מפורטת כדין, חלקן על קרקעות פרטיות של פלסטינים; לא מקיים פיקוח על הבניה שם; לא מדווח כאשר נדרש לדווח על המאחזים בתואנות של הגדרות מהו מאחז, וטוען להעדר מידע על מאחזים, בין השאר מחמת הגבלות הפיקוח שהוחלו בתחום היישובים, אותן כאמור "מתח" הרבה מעבר להנחיה שקיבל; קרוונים מקבלים לעיתים ממשרד הביטחון היתר כניסה לאיו"ש גם אם אין בסיס משפטי תכנוני ליעד המבוקש להצבתם; עוזר שר הביטחון להתיישבות מאשר לרשויות המדינה כי מאחזים בלתי מורשים הם יישובים הזכאים לסמל ישוב (משמעות הדבר – זכאים לתקצוב משרד הפנים לרשויות המקומיות) בעוד שר הביטחון מצהיר עליהם פומבית שהם בלתי מורשים; צווי הריסה שהוצאו לאלפים משך השנים לא בוצעו; המאחזים הולכים ומתרבים ומתעבים, ולא מוצאים צווי תיחום, אף לא לגבי אותם מאחזים המצויים ברשימת מרץ 2001 לגביהם יש התחייבות מדינית ישראלית מפורשת – לפנות; צווי תיחום שכבר **הוצאו ואושרו בבג"צ לא מומשו (4 במספר בתוספת עוד שניים שפונו וחזרו);** צווים **החיוניים לאכיפת החוק** ותיקוני צווים קיימים אינם מחוקקים.

לכך יש להוסיף את הקונספציה הביטחונית לפיה בכל מקום בו ישנו ישראלי בשטחים – תינתן לו הגנה. לפיכך, בכל מקום בו מחליט פלוני להקים מאחז – מגיעים חיילי צה"ל לשמור עליו.

התוצאה היא שצה"ל, הגם שלא ברצונו, נגרר לתת למעשה ההתנחלות הבלתי חוקית גושפנקא מעצם נוכחותו והגנתו על המתיישבים שם; בעצם נוכחותו במקום ובהגנה שהוא מספק לאותם מפרי חוק, הוא קובע עובדות בשטח, יחד עם מפרי החוק עצמם. במקום לפנותם – הוא שומר עליהם.

נראה על כן כי הפרת החוק הפכה ממוסדת ומוסדית. אין לנו עניין עם עבריין או קבוצת עבריינים הפועלים בניגוד לחוק. **התמונה הנגלית לעין המתבונן היא הפרת חוק בוטה <u>על ידי רשויות מדינה מסוימות, רשויות ציבוריות, מועצות אזוריות באיו"ש ומתנחלים, הכל תוך הצגת מראית עין כאילו יש כאן מערכת מוסדית מסודרת הפועלת כחוק.</u>**

מצב דברים זה משדר מסר לצה"ל, לחייליו, למפקדיו. למשטרת ישראל ולשוטריה. לציבור המתנחלים בפרט ולציבור בכלל.

המסר הוא שמעשי ההתנחלות במאחזים הבלתי מורשים, על אף שאינם חוקיים, הם מעשה ציוני, ולכן יפה לו העלמת העין, הקריצה, המסר הכפול.

השפעת המסר היא קשה, הן על צה"ל והן על משטרת ישראל.

<u>תפקידו של צה"ל בנוגע לאכיפת החוק והשפעת המסר מהדרג המדיני עליו</u>

חיילי צה"ל אמורים לעסוק בביטחון בשטחים כמשימתם העיקרית. תפקיד משטרת ישראל הוא לאכוף את החוק. אך לעיתים קרובות מלאכת אכיפת החוק נופלת על צה"ל, מחמת מספר טעמים.
מבחינה משפטית מפקד האזור הוא שנכנס לנעלי הריבון בשטחים. מכאן רובצת עליו האחריות הכוללת לשמירת הסדר והביטחון בשטחים. משטרת ישראל במחוז ש"י כפופה לו.

האחריות הכוללת רובצת על צה"ל לא רק מטעמים פורמאליים. חיילי צה"ל הם שמצויים בשטח – לעומת הכוח המשטרתי הקטן שבמחוז ש"י; צה"ל נמצא ראשון במקום בו מבוצעות עבירות על ידי ישראלים, המשטרה מגיעה פעמים רבות רק לאחר מכן; לעיתים מחמת תנאי הביטחון המשטרה אף אינה יכולה להגיע למקום העבירה. וכן לכל אירוע ביטחוני, בו מעורבים חיילי צה"ל, פוטנציאל להפוך לאירוע בעל פן פלילי, ולהיפך.

לחיילי צה"ל מוקנות סמכויות אכיפה כשל שוטר, וזאת מכוח נוהל אכיפת החוק בשטחים הנכלל בפקודות צה"ל.

אך בפרקטיקה חיילי צה"ל אינם אוכפים את החוק, אינם מכירים את נוהל אכיפת החוק ואינם מעוניינים כלל לתפקד כשוטרים. **"רוח המפקד"** כפי שתוארה בפני היא, שאל לחיילי צה"ל לבחון במשקפי החוק את מעשי המתנחלים, העושים מעשה ציוני בהקמת המאחזים, אף שהוא בלתי חוקי. "רוח המפקד" הזו ניזונה בין השאר, ממעורבות רשויות מדינה ורשויות ציבוריות בהקמת מאחזים בלתי מורשים (פירוט והתבטאויות קציני צה"ל בעניין ראה בסעיף 10.3 לחוות הדעת).

דוגמא בולטת להעדר אכיפה שמקורה בדרג המדיני היא אי ביצוע צווי תיחום. לעניין זה חומרה מיוחדת שכן אין מדובר בהעדר אכיפה בדרך של מחדל, **אלא בהפסקת תהליך של אכיפה לאחר שבית המשפט העליון אישר את האכיפה.**

היחס למתנחלים מפרי חוק הוא לרוב סלחני. תוצאת היחס הסלחני כלפי מפרי החוק היא התגברות מעשי הפרות החוק ביתר שאת. (ראה פירוט בסעיף 10.5 לחוות הדעת).

עוד יש לציין כי לדברי קצינים בכירים עמם שוחחתי ההחמרה במצב הביטחוני בשטחים בשנים האחרונות, העיסוק האינטנסיבי של חיילי צה"ל במשימות הגנה, נוצלה לעיתים על ידי מתנחלים להגברת מעשי ההתנחלות במאחזים בלתי מורשים.

משטרת מחוז ש"י

משטרת ישראל מתקשה להתמודד עם הפרת החוק הנמשכת, המבוצעת בין היתר על ידי רשויות המדינה, ורשויות ציבוריות. לכך יש להוסיף כי האוכלוסייה הישראלית במחוז ש"י, בחלקה, עוינת את המשטרה, אינה משתפת עמה פעולה, ולא פעם מבוצעות פעולות המגלות עוינות עזה כלפי השוטרים. למשל בחברון, שם ילדים בגיל הנמוך מגיל העונשין משליכים ביצים ואף אבנים על שוטרים. בנוסף לאלה כוח המשטרה במחוז ש"י הוא דל, וחלקו אף "מוקפץ" לעיתים למחוזות אחרים ליטול חלק בקשיי אכיפה שם. (ראה הרחבה בפרק עשירי סעיף 10.6).

בתיקי סכסוכי הקרקע, הרלוונטיים לתופעת הקמת המאחזים הבלתי מורשים, מתקשים שוטרי משטרת מחוז ש"י באיסוף הראיות הנחוצות. לשם העמדה לדין בעבירת הסגת גבול פלילית יש צורך להוכיח מי המחזיק בקרקע, ולעיתים מי הבעלים של הקרקע. מאחר שרוב הקרקעות באיו"ש לא עברו הליך של הסדר מקרקעין, יש קושי להוכיח בעלות. הוכחת החזקה בקרקע אף היא בעייתית.

קושי אחר טמון בדין המהותי החל על מקרקעין בשטחי איו"ש, השואב ממקורות עותומניים, ירדנים, לעיתים מנדטוריים ותחיקת הביטחון בשטחים. מורכבות זו מקשה ביותר על משטרת מחוז ש"י. למעשה יכולת ההתמודדות עמה היא זעומה. בין השאר מטעמים אלה כמעט שלא הוגשו כתבי אישום בעבירות של הסגת גבול פלילית בכל הנוגע לתפיסת קרקעות של פלסטינים שלא כדין.

סיכום פרק אכיפת החוק בשטחים

מוסכם על רוב רובם של בעלי התפקידים הבכירים עמם שוחחתי במשרד הביטחון, צה"ל ומשטרת ישראל, כי הקושי המרכזי בכל הנוגע לאכיפת החוק בשטחים לגבי המאחזים הבלתי מורשים הוא **המסר הכפול העובר כל השנים מממשלות ישראל לכל דרגי הביצוע, הביטחוניים והאזרחיים.** מרגע שהממשלה תחליט על מדיניות ברורה אמרו לי – תופסק דרך ההתנהלות המתוארת וימצא גם הפתרון.

המלצתי – לשנות את המסר המדיני על יד מתן הנחיות מיידיות למשרדים הרלוונטיים כמוצע על ידי; על ידי קבלת החלטות ממשלה מתחייבות; על ידי פינוי מאחזים בלתי מורשים שניתן מבחינה משפטית לפנות; על ידי הוצאת צווי תיחום נגד מאחזים בלתי מורשים. על ידי מתן הנחיות למפקד האזור לעריכת רפורמה חקיקתית בתחיקת הביטחון כמוצע על ידי. על ידי הקצאת המשאבים הנחוצים להגברת האכיפה.

2.13 הצעה לרפורמה בתחיקת הביטחון בכל הנוגע לאכיפת החוק בשטחים

אני מציעה עריכת רפורמה חקיקתית בתחיקת הביטחון בשטחים, בשורה של מעשי חקיקה. למעשה נעשית מזה חודשים מספר עבודה בנושא שינויים בתחיקת הביטחון בשטחים על ידי היועץ המשפטי לאיו"ש, ענף הדין הבינלאומי לצה"ל, והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ) מר מייק בלס. הצעותיי מבוססות בחלקן על עבודה רבה זו שנעשתה. ואלה עיקריה:

א. תיקון תחיקת הביטחון **בצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) 1539** שהוא המכשיר המשפטי הנוכחי הרלוונטי לפינוי מאחזים בלתי מורשים. אני מציעה לתקן את סעיף הענישה כלפי מי שיפר אותו על ידי קביעת עונש מאסר משמעותי וקנס כספי כבד. כמו כן יש לקבוע בית משפט מוסמך שניתן יהיה להעמיד בו לדין ישראלי שיעבור עבירה כאמור (ראה הצעת חקיקה בכנסת, להלן).

ב. לגבי פינוי מאחזים – החקיקה הקיימת נראית מספקת. רק אם יתברר בעתיד כי הפינוי נתקל בקושי משפטי, ניתן יהיה לשקול דרך אלטרנטיבית לפתרון אותו קושי.

ג. תיקון תחיקת הביטחון על ידי הוספת סעיפים שיאפשרו לתפוס קרוון שהונח על הקרקע או חובר לתשתיות ולסלקו מהשטח בהליך מנהלי מקוצר, והכול בתוך פרק זמן קצר שייקבע.

ד. לכלול **בתחיקת הביטחון** תנאים נוספים למתן היתר לשינוע קרוונים, והם:

(1). לא יינתן היתר לשינוע קרוון אלא אם הוצג היתר בניה כדין להצבת הקרוון המבוקש במקום היעד; הוצג תצלום אוויר של מקום היעד; הוצגה תוכנית מפורטת בת תוקף, והוצג אישור מהנדס המועצה המקומית בדבר הצבת הקרוון בהתאם לתוכנית.

(2). מבקש ההיתר יפקיד ערובה למשך 18 חודשים להבטחת הנחת הקרוון במקום היעד המוצהר והשארתו במקום.

(3). מבקש ההיתר יבהיר בתצהיר ערוך כדין מהו הצורך בגינו נדרש שינוע הקרוון לשטח.

ה. תיקון תחיקת הביטחון באופן שתעניק סמכויות נרחבות יותר לטיפול בפולשים שלא כדין **לקרקע פרטית,** הכוונה למתן הגנה אפקטיבית מפני פלישה שלא כדין **לקרקעות פרטיות של פלסטינים.**

ו. תיקון חוק התכנון והבניה הירדני על ידי הוספת סעיפי חוק דומים ככל האפשר לחקיקה בישראל בעניין דרישת "טופס 4" כתנאי לחיבור מבנה לרשת החשמל ורשת המים.

ז. תיקון חוק התכנון והבניה הירדני על ידי כך שבניה ללא היתר תקבע כעבירה פלילית; ייקבע בית המשפט המוסמך לדון בעבירות אלה; ויוסמכו תובעים.

ח. תיקון תחיקת הביטחון בנוגע להגבלות על הבניה בשטחים עקב אי התאמה מסוימת בין תחיקת הביטחון לבין החלטת ממשלה 150.

<u>**חקיקה בכנסת**</u>

אני מציעה לתקן את סעיף 2(א) לחוק בדבר הארכת תוקפן של **תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) התשכ"ז – 1967**, על מנת לאפשר העמדה לדין של ישראלי שעבר עבירה בשטחים שאין לה מקבילה בישראל, כמו **הכנסת קרוון ללא היתר**

לאזור או הובלתו באזור שלא לפי תנאי ההיתר; הפרת הוראת איסור כניסה לשטח צבאי סגור; הפרת צו תיחום לפי צו בדבר מבנים בלתי מורשים, ועוד.

תיקון זה הוא <u>**חיוני ונדרש באופן מיידי**</u> נוכח העובדה כי כמעט שאין דרך משפטית להעמיד לדין ישראלי שעבר עבירות בשטחי איו"ש מאלה שצוינו לעיל (ולא רק הן).

לחילופין – תיקון תחיקת הביטחון באופן שניתן להעמיד לדין בגין העבירות שלעיל בבית משפט מקומי.

2.14 ההמלצות

בנוסף להמלצות שציינתי לעיל לגבי רשויות המדינה המעורבות שנסקרו, כללתי בדו"ח המלצות שונות בהן ארגוניות.

<u>המלצות ארגוניות</u>

<u>הקמת מנהלת מתאמת ומנחה בין משרדית בנוגע למאחזים בלתי מורשים</u>

הצעה זו מועלית מחמת המסקנה כי הכשל המערכתי בנושא המאחזים הבלתי מורשים, נעוץ בחלקו, בעובדה שלגורמים רבים הוענקו סמכויות. הגדרת הסמכויות וגבולות הסמכות אינם ברורים; גופים שונים מטפלים באותו עניין ללא תיאום הולם; נתונים עובדתיים רלוונטיים אינם נגישים באשר הם מצויים בידי המינהל האזרחי בלבד, באופן שאינו מאורגן ושיטתי. למעשה נתונים אלה אינם בידם של הגופים המוסמכים שאמורים לבחון אותם ולהחליט בנוגע אליהם; אין קשר ראוי בין הזרוע המבצעת לזרוע המדינית, ואין הנחיה ברורה של גוף אחד בעל סמכות.
המלצתי להקים גוף מרכזי שינחה את יתר הגופים, יתאם ביניהם, ויאשר פעולות מסוימות על ידם. בידי גוף זה צריכה להיות מרוכזת מלוא האינפורמציה בדבר נתוני הבניה הישראלית באיו"ש כולל תצלומי אוויר מעודכנים, מידע מלא על תוכניות מאושרות ולא מאושרות, הזכויות בקרקעות, מידע על ההתחייבויות שנעשו לגבי הקרקעות שהוקצו, ועוד.
הגוף המנחה והמתאם צריך שיהיה כפוף לראש הממשלה, ומתואם עם שר הביטחון.

מתחייבת הגדרת סמכויות ברורה לגבי כל הגופים העוסקים בנושא
מתחייבת הנחיה ברורה – איזה פעולות הן אסורות כליל, ואיזה פעולות מותנות בהפעלת שיקול דעת. שיקול הדעת חייב להיות מופעל לפי פרמטרים ברורים, שוויוניים, וכלליים, ואין לאפשר עוד קבלת החלטות בכל מקרה ומקרה לגופו, לפי קריטריונים וטעמים לא ברורים.
הגוף המנחה יבדוק את יישום החלטות הממשלה והמלצות חוות דעת זו, ככל שיתקבלו.
הגוף המנחה והמתאם יבדוק העברות כספיות של משרדים שונים לשטחים ולהתיישבות ויוודא שאלה אינן מיועדות למאחזים בלתי מורשים;

הגוף המנחה יבדוק את פעולות הגופים והרשויות שנזכרו בחוות דעתי זאת ויבחן אם פסקו מפעילות בלתי חוקית או בלתי תקינה כמפורט בחוות דעת זאת.

כדי לקבוע את תחומי הסמכות ואופן הפעולה של הגוף המוצע, אני ממליצה כי ייקבע צוות בין משרדי שיגיש הצעה מפורטת בעניין.

הפצת רשימת המאחזים הבלתי מורשים בין משרדי הממשלה

הצעתי כי רשימת המאחזים הבלתי מורשים תופץ למשרדי הממשלה השונים. יחד עם הרשימה יונחו משרדי הממשלה שלא לבצע כל פעולה בלתי חוקית, בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מאפריל 2004. ככל שהרשימה תעודכן – יהיה מקום ליידע את המשרדים השונים ברשימה המעודכנת.

הקצאת תקציבים לאכיפת החוק בשטחים

א. יחידת הפיקוח של המינהל האזרחי תתוגבר בכוח אדם שיהיה באפשרותו, הלכה למעשה, לפקח על הבניה הבלתי חוקית בשטחים.

ב. נדרשת הגדלת כוח האדם בלשכת היועץ המשפטי ליהודה ושומרון. זאת נוכח הצורך להגביר את מעורבות אנשי היועץ המשפטי בועדות תכנון ורישוי לבניה וועדות נוספות של המינהל האזרחי; חוות דעת שיידרשו לצורך יישום תחיקת הביטחון הלכה למעשה. הכנת חומר שיידרש לשם מתן הגנה למדינה ורשויותיה בעתירות לבג"צ. אני סבורה כי יש להקצות 3 תקנים של פרקליטים לצרכים האמורים.

ג. שינוי תחיקת הביטחון כמוצע על ידי יחייב מינוי תובעים לגבי הטיפול בעבירות בניה בלתי חוקית בשטחים (שלושה במספר).

ד. הגדלת מספר השוטרים במשטרת מחוז ש"י, כדי שאכיפת החוק על ידם תהיה אפקטיבית יותר. לחילופין – לפי הצעת המפכ"ל - לאפשר למשטרה במחוז לעשות שימוש למבצעים מיוחדים בשוטרי מג"ב המצויים בשטחי איו"ש. ניתן להיעזר בהם לצורך פינוי מאחזים ומבצעים מיוחדים אחרים.

נושאים אלה מחייבים תקצוב. המלצתי לתקצב אותם.

בנוסף המלצתי להעביר נושאים מסוימים לטיפול היועץ המשפטי לממשלה.

נפנה עתה לחוות דעתי לגופה.

פרק שלישי

הרקע לצמיחתם של המאחזים הבלתי מורשים

תופעת ההתנחלות של ישראלים באיו"ש החלה לאחר מלחמת ששת הימים. מאז ראשיתה הקדימו המתנחלים, בדרך כלל, את הממשלות השונות במעשי ההתנחלות. נושא ההתנחלות בשטחים של ישראלים עורר מראשית לידתו מחלוקת ציבורית בישראל, ולא כל ממשלות ישראל ראו מעשים אלה עין בעין עם המתנחלים עצמם. למרות זאת, הלכה והתפתחה במהלך שנות השבעים תנועת התנחלות בשטחי איו"ש, והוקמו ישובים. תחילה הוקמו חלק מהישובים על קרקעות בשטחים בדרך של הוצאת צו תפיסה מטעמים צבאיים על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור. חלק מהקרקעות שנתפסו בצו אותו זמן היו קרקעות מדינה אך חלק אחר היו קרקעות פרטיות של פלסטינים. בשלב מסוים, בשלהי שנות השבעים בעקבות הכרעת בג"צ **בפרשת אלון מורה**, לא ניתן עוד לתפוס קרקעות פרטיות של פלסטינים בצו לצרכים צבאיים לשם הקמת ישובים. מדיניות הממשלה שונתה ונקבע כי הקמת ישובים והרחבתם של ישובים קיימים תעשה על קרקעות מדינה.

בשלהי שנות השבעים עד אמצע שנות השמונים, כוננה ופעלה ועדת שרים להתיישבות בהשתתפות ההסתדרות הציונית העולמית, שהחליטה על הקמת ישובים באיו"ש. עיון בפרוטוקול ועדות השרים להתיישבות מעלה כי ישיבותיה התנהלו תוך בחינת האספקטים השונים הרלוונטיים להקמתו של כל ישוב.

מעשי ההתנחלות באיו"ש לא היו מקובלים, מראשיתם, על מדינות שונות בעולם, והיחס למעשים אלה הקרין והשפיע על מעמדה הבינלאומי של ישראל.
הדבר התחדד מעת שהחלו ניצניו של תהליך מדיני מול העם הפלסטיני מראשית שנות התשעים. המעורבים השונים בתהליך המדיני פעלו להביא את ישראל לעצירת תנופת ההתנחלות כתנאי להסדר מדיני.

במיוחד השפיעה החלטת ממשלת רבין ז"ל משנת 1992 על הקפאת הבניה בהתנחלויות. אמנם אושרה בניה עוד במהלך שנת 1993 (על ידי ועדת החריגים שהוקמה בצד צו ההקפאה שחוקק בעניין) אך זו אישרה פחות ופחות בניה בשטחים.
ככל שכבדה היד מבחינה מדינית בינלאומית על ישראל – כך הלכה ונחלשה מעורבות הממשלה, ***<u>מהבחינה הפורמאלית</u>***, במעשי ההתנחלות.

כך להלכה, אך לא למעשה.

באופן מעשי המשיך מפעל ההתנחלות להתרחב. התפתחות זו נעשתה ללא מעורבות **פורמאלית** של הממשלה, בכל הנוגע ***להחלטה*** על הקמת התנחלויות חדשות והרחבת הוותיקות.

מאידך, העובדות והראיות שנאספו על ידי לצורך מתן חוות דעת זו מצביע על מעורבות **מסיבית** של רשויות מסוימות של המדינה בהקצאת משאבי המדינה למפעל ההתנחלות. וזאת, ללא סמכות, **בלי** שהתקבלו **החלטות ממשלה** על כך, ובניגוד להחלטת הממשלה עצמה כי יישובים חדשים יוקמו אך ורק לפי החלטת הממשלה.

למעשה, תופעת המאחזים הבלתי מורשים היא המשך תנועת ההתנחלות באיו"ש. אך בניגוד לעבר היותר רחוק, עת נעשתה פעולת ההתנחלות תוך מעורבות של הדרג המדיני, תוך בדיקת הזכויות בקרקע המיועדת להתנחלות בחלק מהמקרים, כאשר לעיתים נעשתה עבודת תכנון טרם מעשה, תוך קביעת תקציבים להקמת כל ישוב - הרי שהקמת המאחזים נעשתה בדרך לא דרך. למעשה את מקומה של ממשלת ישראל בכל הנוגע להחלטה על הקמת מאחז ומיקומו – תפסו אחרים. "הקטר המניע" להחלטה על הקמת מאחזים הן מועצות אזוריות באיו"ש, מתנחלים ופעילים, חדורי אידאולוגיה ומוטיבציה להגברת ההתנחלות הישראלית בשטחי איו"ש. עמם שותפים חלק מפקידי החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, ומי מבין עובדי משרד הבינוי והשיכון, שפעלו לקידום תופעת המאחזים הבלתי מורשים. כל אלה נעשו, החל מאמצע שנות התשעים ואילך, ככל הנראה בהשראת שרי שיכון שונים, מי מהם בעצימת עין ומי מהם בתמיכה, עידוד וזרוז, תוך מתן עזרה ותמיכה של משרדי ממשלה אחרים, בין מיוזמת פקידים מסוימים ובין מיוזמה ועידוד של הדרג המדיני של אותו משרד.

המימון ופעולות ההקמה ואף התקצוב השוטף – באים בעיקרם, כך נראה, ממשרדי ממשלה שונים ורשויות ציבוריות.

כל אלה - ללא אישור הממשלה כמתחייב מתוך החלטותיה עצמה; תוך הפרה בוטה של החוק, ללא שקיפות בפני הציבור בישראל בכלל, ומהבחינה המנהלית והתקציבית של הדבר בפרט. ככל הנראה כדי להסתיר מעינו הפקוחה של "העולם" את מעשי ההתנחלות מעוררי המחלוקת.

פרק רביעי

הרקע הנורמטיבי להקמת יישובים ביהודה ושומרון

4.1. מקורות הדינים החלים על ישראל בפעולותיה בשטחים; 4.2. התנאים להקמת ישובים באיו"ש לפי הדין הפנימי

4.1 מקורות הדינים החלים על ישראל בפעולותיה בשטחים

הדין החל על ישראל בפעולותיה בשטחי אזור יהודה ושומרון, יונק מכמה מקורות:
הדין ששרר במקום ערב מלחמת ששת הימים במהלכה נתפסו השטחים; כללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה לוחמתית; ועקרונות המשפט המנהלי הישראלי.

הסביר את הדברים בית המשפט העליון באחת הפרשות שבאו לפניו:

> "במלחמת ששת הימים נתפסו ירושלים "המזרחית" ויהודה ושומרון על - ידי צבא ההגנה לישראל. בירושלים "המזרחית" הוחלו "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" (ראה סעיף 1 לצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967). שונה הייתה הגישה לעניין יהודה ושומרון. המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל לא הופעלו ביהודה ושומרון (בג"צ 390/79; בג"צ 61/80). יהודה ושומרון מוחזקות על-ידי ישראל בדרך של תפיסה

צבאית או "תפיסה לוחמתית" (BELLIGERENT OCCUPATION). באזור הוקם ממשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי. כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה צבאית. על-פי הוראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות הממשל והמינהל מוחזקות בידיו של המפקד הצבאי (בג"צ 619/78). סמכויות אלה יש שהן יונקות מהדין, אשר שרר באזור בטרם התפיסה הצבאית, ויש שהן יונקות מחקיקה חדשה, שהוחקה על- ידי המפקד הצבאי. במקרה הראשון מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית מקומית קיימת. במקרה השני מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית חדשה.

בשני המקרים גם יחד חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור"

(ראה בג"צ 393/82, **ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד לז (4), 785 ,עמ' 790-791).

4.2 התנאים להקמת יישובים בשטחי איו"ש לפי הדין הפנימי

כאמור, חוות דעתי זאת מתמקדת בשאלת חוקיות הקמת המאחזים הבלתי מורשים באספקלריית הדין הפנימי. אעמוד עליו להלן.

<u>הכשרת יישוב ישראלי בשטחים, מחייבת מילוי מספר תנאים והם:</u>

א. נקיטת הליכים מבחינה מדינית. הכוונה לקיומה של החלטת ממשלה על הקמת יישוב חדש או אישור דרג מדיני להרחבה של יישוב ותיק (להלן: "**ההיבט המדיני**");

ב. קיומן של זכויות כדין בקרקע עליה מבקשים להקים את הישוב (להלן: "**ההיבט הקרקעי**");

ג. התווית תחום שיפוט ליישוב שמבקשים להקים (להלן: "**ההיבט המוניציפאלי**");

ד. קיומה של תכנית מפורטת לפיה ניתן להוציא היתר בניה (להלן: **"ההיבט התכנוני"**).

ארבעת התנאים לעיל הם תנאים מצטברים. **בהעדרו של תנאי אחד –הישוב אינו חוקי.**

דברים ברוח זו נקבעו על ידי בית המשפט העליון. כך נקבע כי בנוסף לבחינת הפן הקרקעי, נחוץ קיומם של תנאים נוספים לחוקיותו של יישוב בשטחים:

> "השלמתם של הליכים במישור המדיני (החלטת ממשלה על הקמת יישוב או שכונה חדשים), המוניציפלי (הוצאת צו של המפקד הצבאי בדבר שיוכו המוניציפאלי של הישוב) והתכנוני (הפקדת תוכנית מתאר ואישורה וקבלת היתרי בנייה מרשויות התכנון הרלוונטיות)..."

(ראה בג"צ 5853/04, **"אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים ואח' נגד ראש הממשלה ואח'**, כב' הנשיא ברק, בעמוד 4 פיסקה 6 (תק-על 2004(3), 251).

באותו נושא, קבע כב' השופט חשין:

> "אכן, עד שקם יישוב ונהיה חייבים להתקיים הליכים מוקדמים והכרחיים...בין אותם הליכים מוקדמים הכרחיים ניתן למנות הליכים אלה: החלטת ממשלה, קיומה של תוכנית מתאר, היתר מהממונה על התכנון באזור, היתר בניה, היתר לשינוע קרוונים ועוד. <u>באין כל אלה – או אחד מאלה – לא תתואר כלל הקמתו המסודרת והחוקית של יישוב"</u>

(ראה בג"צ 9195/03, **היכליה וויינשטוק ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה ואח'**, תק-על 2003(4), 1504, פיסקה 8) (ההדגשה שלי – ט.ש.).

אסקור להלן כל אחד מהתנאים הנדרשים להקמת יישוב כדין.

4.2.1 ההיבט המדיני

להקמת ישוב, בין בתוך ישראל ובין בשטחי איו"ש ועזה יש היבטים רחבים ומקיפים. להקמת יישוב יש אספקטים חברתיים, כלכליים, תכנוניים, גיאוגרפים. במקרים מסוימים יש לכך אספקטים פוליטיים ומדיניים. ההחלטה על הקמת יישוב צריכה על כן להיות מוכרעת על ידי הדרג המדיני הבכיר ביותר.
לפיכך קבעה הממשלה, עוד בשנת 1975 כי הקמת ישוב, בין בתוך ישראל ובין בשטחי איו"ש, טעונה החלטת ממשלה.

ממשלות ישראל קיבלו החלטות שונות במהלך השנים, בקשר להקמת יישובים בשטחים, **ומעולם לא שמטו מידיהן, באופן פורמאלי, את ההחלטה על הקמת יישובים בשטחים.** בפרק זה שלפנינו נסקור ראשית דבר את החלטות הממשלה, המתייחסות להקמת הישובים בשטחים.

טרם שנעשה כן נציין כי מדיניות ההתנחלות בשטחים נקבעה על ידי הממשלות השונות, בין השאר, נוכח עמדתה האידיאולוגית של כל ממשלה ביחס לנושא זה, שמתחילתו היה שנוי במחלוקת בציבור בישראל; וכן נוכח מצבה המדיני הבינלאומי של ישראל שקשור, במידה כזו או אחרת לשאלת מדיניות ההתנחלות בשטחים; ובכפוף להחלטות בג"צ בעניינים שונים הנוגעים לעניין זה.

השיקולים השונים שלעיל השפיעו על מדיניות ההתנחלות של ממשלות ישראל השונות. במסגרת זו נסקור את שני אלה:

4.2.1.1 החלטות ממשלת ישראל בקשר למדיניות ההתנחלות בשטחים והתפתחות החקיקה הפנימית באיו"ש כתוצאה מכך.

4.2.1.2 משמעות החלטות הממשלה.

4.2.1.1 החלטות ממשלת ישראל בקשר למדיניות ההתנחלות בשטחים והתפתחות החקיקה הפנימית באיו"ש כתוצאה מכך.

מבוא

החלטות הממשלה יתוארו להלן כפי שהתקבלו בסדר כרונולוגי. דרכן תוצג התפתחות המדיניות הממשלתית ביחס להקמת ישובים בשטחים. בד בבד עם החלטות הממשלה, אזכיר החלטות בג"צ שהיתה

להן השפעה על החלטות הממשלה שהתקבלו בעניין. כמו כן אציין בצד החלטות הממשלה את הביטוי שהן קיבלו בדין הפנימי שחל בשטחים.

החלטות הממשלה הנזכרות כאן רצ"ב ומסומנות **<u>כנספח 4</u>** לחוברת ג.

טרם סקירת כל החלטות הממשלה לפי סדר קבלתן ברצוני להדגיש מספר החלטות ממשלה שהן **העיקריות** הרלוונטיות לענייננו:

החלטת הממשלה הת/40 (640), (להלן: "החלטת 1984").
החלטת ממשלת רבין ז"ל 360 (להלן: "החלטת 1992").
החלטת ממשלת נתניהו 150 (להלן: "החלטת 1996").
החלטת ממשלת נתניהו 175 (להלן: "החלטת 1999")

<u>אלה עיקרי ההחלטות שהתקבלו בנושא ההתנחלות בשטחים:</u>

א. **<u>החלטת ממשלה מיום 16.3.75 ומספרה הוא 559 (הת/ 8) (להלן: "החלטת 1975").</u>**

בהחלטה זו, שכותרתה: "תכנית להתיישבות חדשה" נקבע כי:

> "כל הצעה להתיישבות חדשה, לא בלבד מעבר לקו הירוק, טעונה החלטה של הועדה להתיישבות"

ב. **<u>החלטת ממשלה מיום 20.7.77 מספר 801 (הת/18) (להלן: "החלטת 1977")</u>**

ביום 20.7.77, החליטה הממשלה להקים ועדה לענייני התיישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות הציונית. החלטת הממשלה בה נקבע הדבר היא 801 (הת/ 18).

כך נקבע, בין השאר, בהחלטה:

> "הועדה לענייני התיישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות הציונית (להלן – הועדה להתיישבות) פועלת בהתאם למדיניות הממשלה בענייני התיישבות; ועל פי הנחיות הממשלה – היא תקבע הקמת ישובים חדשים,

כפריים ועירוניים, כולל האחזויות נח"ל בארץ ישראל (משני עברי הקו הירוק);"

סמכויותיה של הועדה לענייני התיישבות נקבעו בהחלטה כלהלן:

א. אישור תוכניות התיישבות;
ב. קביעת התקציבים להתיישבות;
ג. הכוונת הגורמים הפועלים בהקשר להתיישבות;
ד. קביעת המוסד שיכריע בין הגופים ההתיישבותיים הנוגעים בדבר;
ה. דיון והכרעה בנושאי התיישבות מרכזיים שהזמן גרמם.

עיון בפרוטוקול ועדות השרים להתיישבות – ועדות שהוקמו שוב ושוב על ידי הממשלות שקמו לאחר החלטת 1977 הנ"ל מעלה, כי ועדת השרים להתיישבות התכנסה באופן שוטף מעת הקמתה, יולי 1977 ואילך, ועד שנת 1984. הועדה דנה בהקמת יישובים הן בתוך ישראל והן בשטחים, רמת הגולן ואחרים. הועדה החליטה לגבי כל אזור על הכנת תוכנית אב; על הקמת ישובים חדשים; היא קבעה היכן יקום כל ישוב, קבעה את מספר התושבים שהוא אמור לאכלס, סוג הישוב (כפרי, קהילתי, עירוני); החליטה על סוג התעסוקה ואמצעי היצור, קבעה לאיזה מערכת אזורית הוא ישוייך. הועדה החליטה על הקמת היאחזויות נח"ל בשיתוף עם מערכת הביטחון; החליטה על אזרוח היאחזויות נח"ל; החליטה על תקצוב כולל להתיישבות; החליטה על הרחבת יישובים;

ג. **<u>החלטת הממשלה מיום 11.11.79 מספר 145 (להלן: "החלטת 1979")</u>**

במהלך שנות השבעים הוקמו מספר ישובים באיו"ש. רוב הישובים באותה עת הוקמו על קרקע שנתפסה לפי צו תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים. לפי נתוני המנהל האזרחי, הוקמו בדרך זאת 33 ישובים.

שאלת חוקיות הוצאת צו תפיסה לצרכים צבאיים לצורך הקמת יישוב אזרחי עמדה למבחן בג"צ בשנת 1978 במקרה בית אל. זאת עקב עתירה שהגישו בעלי הקרקע הפלסטינים שקרקעותיהם נתפסו בצו התפיסה. קרקעותיהם היו בסמוך לבסיס צבאי ירדני לשעבר; הקרקעות נתפסו בצו שהוציא המפקד הצבאי, שנימוק ההוצאה היה קיומו של צורך צבאי. בתחילה הוגדר הצורך

הצבאי לשם הקמת מחנה צבאי. לאחר מכן שונה ייעוד הצורך הצבאי של חלק מהקרקעות שנתפסו להקמת הישוב בית אל (בג"צ 606/78; בג"צ 610/78, **סלימאן תופיק אויב, ו – 11 אח' נגד שר הביטחון ואח'**, פ"ד לג, 2, 113). בעתירה זו ישבו 5 שופטי בג"צ שקבעו כי משהוצהר בפניהם שהצורך בהקמת הישוב האזרחי - צורך צבאי הוא, והם שוכנעו כי אכן כך הדבר – הרי שיש לדחות את העתירה.

לא עבר זמן רב מאז החלטת בית אל – והנושא שב ועלה בבג"צ 390/79, **עזת מחמד מוסטפה דוויקאת ואח' נגד ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד לד(1), 1 (הידוע כפרשת אלון מורה). עתירה זו הוגשה על ידי אנשי כפר רוג'יב, המצוי במבואות העיר שכם. העותרים, פלסטינים בעלי הקרקעות שנתפסו לפי צו מפקד האזור לצרכים צבאיים, לצורך הקמת הישוב האזרחי אלון מורה, ביקשו מבג"צ לבטל את צו התפיסה. בעתירה זו, בניגוד להחלטה במקרה בית אל הנ"ל, לא קיבל בית המשפט העליון את טענת צה"ל בדבר הצורך הצבאי העומד ביסוד הצו שהוצא, מאחר שצורך זה הוסבר כצורכי הביטחון הלאומי במובנם הרחב, ולא צורך בטחוני קונקרטי. בית המשפט קבע כי השיקול המכריע שהניע את הדרג המדיני להחליט על הקמת הישוב לא היה שיקול צבאי. לפיכך פסק **שלא ניתן מטעמים של צורכי הביטחון במובנם הרחב לתפוס קרקעות פרטיות של פלסטינים ולהקים עליהם ישוב אזרחי ישראלי**. לגופה של העתירה קבע כי הצו על תנאי שהוצא יהפוך לצו מוחלט. צו התפיסה הוכרז כבטל לגבי קרקעות העותרים; צה"ל נדרש לפנות את המתיישבים האזרחים מעל אדמות העותרים; המשיבים נדרשו לשלם לעותרים הוצאות העתירה.

החלטת בג"צ בפרשת אלון מורה הביאה לשינוי בדרכי ההתנחלות בשטחים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בהחלטת הממשלה הבאה.

בעקבות בג"צ אלון מורה, התקבלה החלטת הממשלה 145 מיום 11.11.79 שכותרתה: "מדיניות ההתנחלות".

"מחליטים (פה אחד):

להרחיב את ההתנחלות ביהודה שומרון בקעת הירדן חבל עזה ורמת הגולן,
על ידי תוספת אוכלוסין ליישובים הקיימים ועל ידי הקמת יישובים נוספים
על קרקע שבבעלות המדינה.

ועדת שרים תקבל החלטות מפורטות לאחר שתשמע דו"ח מפורט של היועץ המשפטי לממשלה"

בהחלטה זו הצהירה הממשלה על מדיניותה בדבר ההתנחלות בשטחים. אך בצד ההצהרה **המרחיבה** - באה החלטה מדינית **התוחמת** את הקמת התנחלויות חדשות **לקרקעות שבבעלות המדינה.** החלטה זו היוותה שנוי במדיניות ההתנחלות שכן **משמעותה היה שהמדינה לא תאשר הקמת יישובים חדשים על קרקעות פרטיות פלסטיניות, ולא ייתפסו קרקעות פרטיות פלסטיניות לצורך הקמת יישוב אזרחי ישראלי בטענת קיומו של צורך צבאי לעשות כן.**

החלטה זו חייבה שינוי בכל הנוגע לאיתורן של קרקעות מדינה בשטחים, שהרי רק כ- 30% מקרקעות איו"ש עברו הסדר מקרקעין, ורק חלק מהקרקעות שעברו הסדר מקרקעין נרשמו כאדמות מדינה. בעקבותיה החל תהליך של הכרזה על אדמות מדינה. תהליך זה נעשה על ידי המינהל האזרחי בשיתוף משרד המשפטים. תהליך האיתור וההכרזה נעשה כדי לאפשר התיישבות של ישובים ישראלים בשטחים.

ד. **החלטת הממשלה מיום 10.5.84 מספר 640 (הת/40) (להלן: "החלטת 1984")**

באפריל 1984 החליטה ועדת השרים לענייני התיישבות להקל באשור הרחבות ליישובים. ביום 10.5.84 אומצה החלטתה על ידי הממשלה, בהחלטה 640 (הת/ 40), וכך נקבע בה:

"מחליטים:

הרחבה בשטח רצוף של יישוב אשר הוקם או מוקם על פי אישור הועדה להתיישבות אינה זקוקה להחלטה מיוחדת של הועדה, והיא מותנית באישורים המקצועיים של משרד המשפטים בכל הנוגע לבעלות על הקרקע, של משרד הבינוי והשיכון, הביטחון והגורמים המיישבים של ההסתדרות הציונית העולמית בנושאים של בינוי (התיישבות, ושל מועצת התכנון העליונה)

הצעה להרחבה כאמור, השנויה במחלוקת – תובא לדיון בועדה"

כאמור החלטה זו באה כדי **להקל** על הליך אשור הרחבות יישובים. החלטה זו יש להבין על רקע החלטת 1977 לעיל (שחייבה כאמור אישור ועדת השרים להתיישבות להקמת כל יישוב חדש). החלטת 1984 נועדה להקל על הליכי הקמת יישובים חדשים באופן זה, **שהרחבה <u>בשטח טריטוריאלי רצוף</u> של יישוב שהוקם לפי אישור כאמור בהחלטת 1977** – אינו דורש שוב אישור של הועדה, אלא רק אישור של משרדי הממשלה הנוגעים בדבר.

אולם החלטה זו **<u>סויגה</u>** בסייגים הבאים:

<u>ראשית</u>, היישוב הרלוונטי, (הוותיק) הוקם או מוקם על פי אישור הועדה להתיישבות;
<u>שנית</u>, ההרחבה היא **בשטח רצוף** של היישוב, קרי, לא בריחוק קרקעי ממנו אלא בהמשך טריטוריאלי רצוף לו;

ככל שעלה בידי לברר, עיקר פעילותה של הועדה לענייני התיישבות היתה עד שנת 1984. באותן שנים הועדה היתה פעילה מאד ודנה במספר ניכר של ישובים בשטחי איו"ש.

בשנת 1990, בעת כהונת הממשלה בראשות מר שמיר (להלן: "**ממשלת שמיר**"), הוקמה ועדת משנה להתיישבות במסגרת ועדת שרים לביטחון. ועדה זו התכנסה מספר פעמים בלבד.

ה. <u>החלטת הממשלה מיום 19.7.92 מספר 13</u>

בשנת 1992, עם הקמת ממשלה בראשות מר רבין ז"ל (להלן: "**ממשלת רבין ז"ל**"), חל שינוי במדיניות ההתיישבות. החלטת הממשלה הראשונה בנושא זה התקבלה ביום **19.7.92, החלטת ממשלה מספר 13:**

> "ביצוען של החלטות ממשלה קודמות בדבר הקמת יישובים שטרם מומשו יהא טעון אישור מחדש על ידי הממשלה".

החלטה זו לא בוטלה במהלך השנים, והיא בתוקף עד היום.

ו. **<u>החלטת ממשלה מיום 22.11.92 מספר 360 (להלן: "החלטת 1992")</u>**

ביום 22.11.92 התקבלה החלטת הממשלה מספר 360, ששינתה באופן מהותי את מדיניות ההתנחלות בשטחי יש"ע כפי שנהגה עד אז.

בהחלטת ממשלה זו נקבע בין השאר:

"א.לאשר את החלטת שר הבינוי והשיכון ושר האוצר ...בדבר הפסקת הבניה לפי המפורט בנספח א' המצורף ואת החלטת השרים בדבר המרת מענקי מקום בהלוואות כמפורט בנספח ב' המצורף...

ב. לאשר את הפסקת פעולות הבניה בישובים הישראלים באזור יהודה שומרון וחבל עזה, שנעשו מכוח החלטות הממשלה הקודמות והשמורות במזכירות הממשלה, בהתאם להחלטת השרים האמורה...

ד. תותר בניה פרטית למגורים בתחומי הישובים הישראלים הקיימים באזור יהודה שומרון וחבל עזה, על יסוד תכניות מתאר מפורטות שקיבלו תוקף כדין, ובלבד שהתשתית והבניה לא תהיינה כרוכות בהוצאה מתקציב המדינה.

ה. (1) ההליכים הנוגעים לתוכניות מתאר שטרם קיבלו תוקף עד ליום מתן החלטה זו לגבי ישובים ישראליים באזור יהודה שומרון וחבל עזה – יופסקו, זולת אם ועדת חריגים המליצה אחרת....

ו. כל הרשאה חדשה לתכנון (והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה) באזורים תהיה טעונה אשור של ועדת החריגים האמורה.

ז. האמור לעיל יעוגן בהתאמה בתחיקת הביטחון באזורי יהודה שומרון וחבל עזה.

ח. אכיפת המדיניות הנ"ל תיעשה על ידי יחידות פיקוח"

החלטת ממשלה זו קיבלה ביטוי בחקיקה באזור **בצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (הפסקת הליכי תיכנון) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מספר 1385), התשנ"ג – 1993** שהוציא אלוף פיקוד מרכז בו נקבעה הפסקת הליכי תכנון באזור.

ההוראה העיקרית שנקבעה בצו, מתייחסת להפסקת הליכי תכנון, ולפיה מוסד לתכנון לא ידון בתכנית שעובר לקבלת ההחלטה לא קיבלה עדיין תוקף, ולא תעשה פעולה אחרת שיש בה כדי לתת תוקף לתוכנית. בצד ההוראה הגורפת - הוקמה ועדת חריגים, שככל הידוע לי דנה בבקשות שבאו בפניה והחליטה בהן. ועדת החריגים אישרה בניה בשטחים, באופן מצומצם יותר, אולם ככל הידוע לי החל מסוף שנת 1993 ואילך, הלכו ופחתו אשורי הבניה שניתנו על ידי ועדת החריגים.

ז. **<u>החלטת ממשלה מיום 22.1.95 מספר 4757</u>**

בינואר 1995, עדיין בעת כהונת ממשלת רבין ז"ל, הוקמה ועדת שרים לפיקוח על הבניה והפקעת קרקעות באזור יהודה שומרון וחבל עזה, בהחלטת ממשלה 4757 מיום 22.1.95. הוחלט כי ועדת השרים תפקח על הפקעת קרקעות בניה והשקעות ממשלתיות באזור. הברור שערכתי במזכירות הממשלה מעלה כי ועדה זו כונסה פעם אחת, והחליטה החלטות בנוגע למעלה אדומים, ביתר, גבעת זאב ובקעת הירדן.

החלטה זו בוטלה בהחלטת 1996, שתפורט להלן.

ח. <u>**החלטת ממשלה מיום 2.8.96 מספר 150 (להלן: "החלטת 1996")** (החלטה זו החליפה את החלטת 1992)</u>

בשנת 1996 התחלפה ממשלה, והוקמה ממשלה בראשות מר נתניהו (להלן: "**ממשלת נתניהו**"). ביום 2.8.96 החליטה ממשלתו לשנות את מדיניות התכנון והבינוי בשטחים. החלטה זו, מספר 150, קבעה כלהלן:

"א. בתחום ההתיישבות באזורי יהודה שומרון וחבל עזה...יפעלו משרדי הממשלה כלהלן ובכפוף לסמכויות הנתונות למערכת הביטחון ושר

הביטחון בתחום זה, ובמסגרת תקציב המדינה המאושר לסעיפיו וכל אלה בהתאם להנחיות ראש הממשלה.

ב. כל הרשאה חדשה לתכנון והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה באזורים תבוצע רק לאחר אישורו של שר הביטחון.

ג. ועדת התכנון באזורים לא תדון בתכנית מתאר אלא לאחר קבלת אישור שר הביטחון, ולא תיתן תוקף לתוכנית כזו, אלא באישורו.

ד. האמור לעיל יעוגן בהתאמה בתחיקת הביטחון באזורי יהודה שומרון וחבל עזה.

ה. החלטה זו באה במקום החלטה מספר 360 מיום 22.11.92....

ז. בהמשך לנ"ל: נושאים של מדיניות כוללת בנושאי ההתיישבות, סלילת כבישים <u>והצעות להקמת ישובים חדשים, יובאו לדיון ולהחלטת הממשלה"</u> (ההדגשה שלי –ט.ש.)

החלטה זו ביטלה את הקפאת הבניה עליה החליטה ממשלת רבין ז"ל, וקבעה את העקרונות הבאים:
בנושאים של מדיניות כוללת בנושאי ההתיישבות, הקמת יישובים חדשים וסלילת כבישים: נדרשת החלטת הממשלה כולה;
בנושאי הקצאת קרקע: נדרש אישור שר הביטחון להקצאת קרקע לבניה לגבי אדמות מדינה;
בנושאי תכנון: נדרש אישור שר הביטחון בשלבי התכנון הבאים: הרשאה לתכנון; אישור לועדת התכנון לדון בתוכנית; מתן תוקף לפרסום תוכנית שאושרה;
שר הביטחון ישקול את עמדתו מחדש בכל אחד מהשלבים בו נדרש אישורו, על ציר הזמן.

וכן, בעוד שאישורו להקצאת קרקע, מוגבל רק להקצאת קרקע לבניה – הרי שמהבחינה התכנונית, **נדרש אישורו לכל סוג תוכנית**, וללא קשר לשאלת הבעלות בקרקע. קרי, **גם אם הקרקע רשומה כקרקע פרטית של יהודים – עדיין נדרש אישורו של שר הביטחון לכל אחד מהשלבים שתוארו לעיל, בכל הנוגע להליכי התכנון.**

<u>סיכום החלטת 1996:</u>

אמנם החלטה זו שינתה באופן עקרוני את מדיניות ההתנחלות בשטחים ביחס לממשלת רבין ז"ל, אך קבעה הגבלות ממשיות על הבניה בשטחים בדרך של כפיפות לדרג המדיני בכל שלב משלבי הבניה כחוק בשטחים. הדבר בא לידי ביטוי ברור במספר הפעמים בהן נקבע כי נחוץ אישור שר ביטחון, לאורך ציר הזמן, בכל הנוגע להכנת תוכנית ומתן תוקף לתוכנית ולעניין הקצאת קרקע לבניה. <u>**במלים אחרות – הצורך באישור הדרג המדיני המוסמך לא הסתיים בשלב ההחלטה על הקמת ישוב או הרחבה ליישוב, אלא "נמתח" עד לאישור סופי של תכנית מפורטת**</u>. במיוחד יש לשים לב כי הממשלה שבה וחזרה כי בנושאים של מדיניות כוללת בנושאי התיישבות, לרבות <u>**בנושאי יישובים חדשים – יש צורך בדיון והחלטת הממשלה כולה.**</u>

החלטת 1996 עוגנה בתחיקה הפנימית באיו"ש על ידי הוצאת צו אלוף בעניין (ראה **צו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (מספר 1445), התשנ"ו – 1996**). עיקרו של צו האלוף מיום 15.9.96 הוא שלא תדון רשות תכנון בתכנית ולא תיתן תוקף לתכנית שטרם קיבלה תוקף אלא לאחר קבלת אישור ראש המינהל האזרחי; לא תיתן רישיון על פי תכנית שטרם קיבלה תוקף ולא ייתן הממונה כל היתר לפי מערכת הנחיות אשר טרם קיבלה תוקף כדין אלא לאחר קבלת אישור ראש המינהל האזרחי (מערכת הנחיות – הכוונה למערכת המקבילה לדיני התכנון והבניה שחלה על שטחים שנתפסו בצו לצרכים צבאיים). הצו ביטל את **הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (הפסקת הליכי תיכנון) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מספר 1385), התשנ"ג – 1993** (אותו צו שנתן ביטוי להחלטת ממשלת רבין ז"ל משנת 1993)

ט. <u>**החלטת ממשלה מיום 17.3.99 מספר 175 (להלן: "החלטת 1999")** (החלטה זו שינתה את החלטת 1984)</u>

החלטת ממשלה נוספת בהקשר להתנחלות ביהודה ושומרון ניתנה ביום 17.3.99, החלטה מספר 175, בהחלטה זו נקבע כי:

"במקום החלטה מס. 640(הת/40) 10.5.84 יבוא:

"הרחבה של ישוב שהוקם או יוקם על פי החלטת ממשלה, או של ישוב המוכר על פי דין, אינה טעונה החלטה של הממשלה.

<u>הרחבה כאמור של ישוב בשטחי יש"ע ואזח"ע טעונה אישור שר הביטחון,</u>
<u>על דעת ראש הממשלה"</u>
(ההדגשה שלי – ט.ש.)

החלטה זו התקבלה על ידי ועדת שרים לביטחון ואומצה על ידי הממשלה, בתקופת ממשלת נתניהו.

החלטה זו ביטלה את החלטת 1984, שנזכיר כי באה בזמנו להקל על הרחבה של ישוב שהוקם לפי החלטות ועדת השרים וההרחבה הינה ברצף טריטוריאלי אחד עם היישוב הוותיק. עתה, לפי החלטת 1999 הנ"ל, בין אם הרחבת יישוב בשטחי איו"ש ועזה נעשית ברצף טריטוריאלי עם היישוב הוותיק ובין אם לאו – קובעת הממשלה כי יש לקבל את אישור שר הביטחון, בהסכמת ראש הממשלה, להרחבה המבוקשת. **אך זאת יש להדגיש – החלטה זו עוסקת בהרחבת יישובים, ואינה עוסקת בהקמת יישובים חדשים.**

4.2.1.2 <u>משמעות החלטות הממשלה בנוגע להקמת יישובים והרחבתם</u>

א. <u>**הקמת יישוב חדש**</u>

הקמת יישוב היתה מאז ומעולם כרוכה בהחלטת ממשלה, בין אם הישוב נמצא באיו"ש ובין אם לאו. ממשלת ישראל לדורותיה **<u>מעולם לא העבירה את הסמכות הפורמאלית להחליט על הקמתו של יישוב חדש לגורם אחר. (ראה החלטת 1975; החלטת 1996)</u>**
עוד יש לציין כי ישוב שהוחלט על הקמתו לפני החלטת 1992, וההחלטה לא מומשה, יש לקבל אישורה מחדש של הממשלה על הקמתו.

ב. <u>**הרחבת יישוב.**</u>

לגבי הרחבה של ישוב שונה המצב מהקמת יישוב חדש.

<u>הקמת שכונה או הרחבה</u>: הדרג המדיני המאשר השתנה על פני תקופת הזמן: משנת 1984 עד מרץ 1999;
ממרץ 1999 ואילך.

<u>עד מרץ 1999</u>:

1. אם השכונה או ההרחבה מצויים ברצף טריטוריאלי של בניה עם היישוב הוותיק – אזי אין צורך באישור ממשלה אלא באישור המשרדים הנוגעים בדבר.

2. אם ההרחבה או השכונה אינם ברצף טריטוריאלי עם היישוב הוותיק: יש צורך באישור הממשלה כולה.

<u>לאחר מרץ 1999:</u>

בין אם ההרחבה היא ברצף טריטוריאלי עם היישוב הוותיק ובין אם לאו – יש צורך בהסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון.

ג. **<u>ההבחנה בין הקמת יישוב חדש להרחבה או שכונה:</u>**

מאחר שמהחלטת 1999 עולה כי הרחבה של ישוב קיים יכולה להיות גם שלא ברצף טריטוריאלי עמו, **קמה ועולה השאלה מה בין הרחבה של ישוב קיים לבין הקמת יישוב חדש.**

נראה לי כי התשובה בעניין זה היא בחינה של כל מקרה ומקרה לפי הנתונים הפיסיים הנוגעים בדבר.

הקמת שכונה אינטגרלית ליישוב קיים, בין עירוני ובין כפרי, הינה הרחבה; הרחבה חייבת להיות קשורה ליישוב הוותיק, כמעין איבר חדש של אותו גוף. נראה לי כי לצורך ההבחנה יש להבחין בין יישוב כפרי ליישוב עירוני.

<u>יישוב עירוני</u> יכול להתפרס על מספר שכונות. בין השכונות נותר לעיתים שטח פתוח. הקמת שכונה נוספת בתוך השטחים הפנויים הינה הרחבה של יישוב קיים; כך גם הרחבה של יישוב עירוני כלפי חוץ, על ידי הקמת שכונה נוספת במרחק סביר ממנו – עדיין מהווה הרחבה של יישוב קיים, אם יש לה קשר אורגני ליישוב העירוני והיא מתוכננת כחלק ממנו.

שונה הדבר **<u>בהתיישבות הכפרית</u>**. התיישבות כפרית מטבעה הינה קטנה ואינטגרלית. הקמת שכונות נוספות או הרחבות שאינן צמודות דופן ליישוב, ודאי כאלה המרוחקות מהיישוב הוותיק מרחק רב כמו מאות מטרים בקו אווירי ויותר (על הקרקע המרחק רב בהרבה), אינן יכולות להיחשב חלק מהיישוב הוותיק והן בבחינת ישוב חדש.

ד. **<u>מסקנות</u>**

המסקנה המתחייבת מההבחנה המתוארת לעיל היא, שעד שנת 1999, כל הרחבת בניה של יישוב, שאינה צמודת דופן ליישוב קיים, חייבה החלטת ממשלה. מבחינת הצורך באישור דרג מדיני מוסמך, למעשה עד מרץ 1999 לא היה הבדל בין אישור יישוב חדש, לבין אישור הרחבה ליישוב קיים בשטחי איו"ש, שאינו צמוד דופן ליישוב קיים. בשני המקרים היה צורך בקבלת החלטת ממשלה.

החל ממרץ 1999, כל הרחבת יישוב קיים, מחייבת קבלת הסכמת ראש הממשלה ומתן אישור שר הביטחון. **כאשר נעשית בניה שאינה צמודת דופן ליישוב כפרי קיים – הרי בניה זו הינה בבחינת הקמת יישוב חדש, ונדרשת הסכמת הממשלה כולה להקמתו.**

לא כך פרשו הרשויות את החלטות הממשלה האמורות.

ה. **<u>פרשנות החלטות הממשלה על ידי הרשויות השונות</u>**

הפירוש המבואר לעיל של החלטות הממשלה הרלוונטיות לא היה נהוג על ידי הרשויות השונות, והן הבינו את החלטות הממשלה אחרת.

לשיטתן מעת שהוגדר תחום שיפוט ליישוב, הרי כל בניה **בתוך תחום השיפוט** אינה מחייבת החלטת דרג מדיני על עצם ההקמה. דרג מדיני מעורב לשיטתן בבניה בתוך תחום השיפוט רק מעת ששר הביטחון נדרש לתת הרשאה לתכנון. תחום השיפוט ליישוב מסוים, מעת שנקבע, מיועד כולו להקמת אותו יישוב.

אם היישוב ניצל חלק קטן מתחום השיפוט שלו לצורכי תכנון ובניה, ומעוניין לבנות עוד, אין כל צורך בהחלטת ממשלה על כך. בניה נוספת בתחום השיפוט שלו איננה בגדר ישוב חדש, אלא זוהי שכונה חדשה או הרחבה. שכונה/הרחבה כאמור אינן טעונות הסכמת דרג מדיני על עצם ההקמה, אלא כאמור רק בשלב התכנון (אישור שר הביטחון להרשאה לתכנון, ואחר כך בשלבי תכנון התוכנית).

משמעות הטענה היא שהקמת ישוב חדש בתחום שיפוט של ישוב קיים, אינה דורשת החלטת ממשלה. הישוב החדש נקרא "הרחבה" או "שכונה" של ישוב קיים, וכך שוחררה הממשלה מהחובה לשקול ולהחליט על הקמת ישוב חדש.

לשיטתן החלטות 1984 ו – 1999, אינן עוסקות בהרחבת בניה של יישובים, אלא **בהרחבת תחום השיפוט** של יישובים. לכן החלטות אלה אינן רלוונטיות לבניה הנעשית בתחום השיפוט של יישוב.

יוער כבר כאן, כי הפרשנות האמורה אינה מועילה לרשויות המעורבות בהקמת המאחזים הבלתי מורשים. כפי שנראה עוד בהמשך, היא אינה מוציאה את הרשויות המעורבות מאי ביצוע החלטות הממשלה שכן הבניה במאחזים הבלתי מורשים נעשית ללא תוכנית מפורטת כדין ולכן **האישורים הנדרשים לשלבי התכנון השונים על ידי שר הביטחון - ממילא לא ניתנו**. גם לשיטתן, מעורבות הדרג המדיני בהחלטה על הקמת אותן שכונות והרחבות נדרשת, ומוטמעת בתוך שלבי תכנון תוכנית. **משהוקמו "שכונות" ו"הרחבות" אלה, כלשונן, ללא תוכנית בת תוקף – ממילא לא ניתן אישור הדרג המדיני להקמה.**

ו. <u>**הנימוקים מדוע אין לקבל פרשנות זו**</u>

(1). החלטת 1999 אינה מתייחסת לתחום שיפוט.

החלטת 1999 מתייחסת להרחבה של יישובים, הן בישראל והן בשטחים. חלקה הראשון מתייחס להרחבה **בישראל**, (שכן חלקה השני של ההחלטה מסייג עצמו רק לאיו"ש) וזו לשונה:

"הרחבה של ישוב שהוקם או יוקם על פי החלטת ממשלה, או של ישוב המוכר על פי דין, אינה טעונה החלטה של הממשלה"

לפי הטענה שבפני, "הרחבה" במובן החלטת 1999 היא "הרחבת תחום שיפוט".

לשיטתן של אותן רשויות נקבע בהחלטת הממשלה הנ"ל כי "הרחבת תחום שיפוט של ישוב שהוקם או יוקם על פי החלטת ממשלה, או של ישוב המוכר על פי דין, אינה טעונה החלטה של הממשלה"

פרשנות זו מחייבת בחינת השאלה מי היא הרשות המוסמכת לקביעת תחום שיפוט של יישובים בישראל.

פקודת העיריות קובעת כי שר הפנים הוא שמוסמך להקים עיריות, ומוסמך לקבוע את תחום השיפוט שלהן (ראה סעיף 3 לפקודה); השר רשאי לשנות תחום של

עיריה (סעיף 8 לפקודה) ולהרחיב תחום שיפוט במקרים מסוימים (סעיף 8א לפקודה). **פקודת המועצות המקומיות** קובעת כי שר הפנים רשאי לכונן מועצה מקומית ולקבוע את תחומי השיפוט שלה (ראה סעיף 1 לפקודה); מכוחה של פקודה זו הוציא שר הפנים **צו בדבר המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) תשי"ח – 1958** וקבע מועצות אזוריות בישראל.

הוראות החוק שלעיל מלמדות **שקביעת תחום שיפוט של יישובים בישראל היה מקדמת דנא בסמכותו של שר הפנים**. גב' שרית דנה, היועצת המשפטית למשרד הפנים מסרה לי כי שר הפנים עושה שימוש בסמכות זו כעניין שבשיגרה.

מכאן שהטענה לפיה הממשלה החליטה בהחלטת 1999 שלצורך הרחבת תחום שיפוט של יישוב בישראל אין צורך בהחלטת ממשלה – היא טענה חסרת בסיס. מה לממשלה להחליט כך משהסמכות מסורה לפי החוק לשר הפנים? החלטת הממשלה, לפי פרשנות זו, הינה חסרת תכלית וטעם. שר הפנים ודאי אינו זקוק להחלטת הממשלה האמורה.

מאחר שהחלטת 1999 עוסקת בנושא הרחבת יישובים, ובשני חלקיה של ההחלטה מדובר ב"הרחבה", אזי מתחייבת המסקנה כי "הרחבה" במובן החלק הראשון של החלטה היא אותה "הרחבה", במובן החלק השני של ההחלטה. מה גם שיש קשר ענייני בתוך ההחלטה בין שני חלקי ההחלטה.

אם לא ניתן לפרש את המלה "הרחבה" כמופיע בחלק הראשון של ההחלטה כהרחבת תחום שיפוט של יישוב- לא ניתן לעשות כן גם לגבי החלק השני של ההחלטה.

(2). כפי שהראיתי לעיל – פירוש המלה "הרחבה" כ"הרחבת תחום שיפוט" בהחלטת 1999 – אינה מתיישבת עם הוראות החוק בדבר סמכויות שר הפנים להרחיב תחום שיפוט של יישוב בישראל. לעומת זאת פירוש המלה "הרחבה" כמתייחס להרחבת בניה של יישוב, מתיישב דווקא עם החלטת הממשלה משנת 1984:

לפי החלטת 1984 – הרחבה של יישוב שאינה ברצף, לרבות יישוב בישראל, טעונה החלטת ממשלה. החלטת 1999 בחלקה הראשון, המתייחס להרחבת ישוב בישראל, יש בה היגיון שכן היא קובעת עתה שהרחבה של ישוב בישראל – אינה טעונה עוד החלטת ממשלה.

הנה אנו רואים כי הפירוש להחלטת הממשלה משנת 1999 הנטען על ידי הרשויות השונות אינו מתיישב עם ההחלטה, ואילו הפירוש הנטען על ידי דווקא מתיישב עמה.

המסקנה המתבקשת היא אם כן, כי החלטת 1999 עוסקת <u>בהרחבת בניה</u> של יישוב ולא בהרחבת תחום שיפוט של ישוב.

(3). תוצאת הפרשנות הנטענת כאמור על ידי הרשויות השונות היא כי בתחום שיפוט של יישוב – ניתן להחליט לבנות ככל העולה על הדעת ללא מעורבות של דרג מדיני – שבאה לשיטתן רק בשלב התכנון. אגב, רשויות שונות אינן עושות אבחנה בין החלטה על בניה **בתחום שיפוט** לבין החלטה על בניה **בתחום התכנון** (שרק בתוכו ניתן לבנות מכוח תוכנית בת תוקף).

תחום שיפוט של ישוב בשטחים, יכול להתפרש על פני קילומטרים. תחום השיפוט של היישובים הורחב ביותר במחצית השניה של שנות התשעים, מחמת סיבה מדינית, ומכל מקום לעיתים קרובות אין בין תחום השיפוט של יישוב לבין **סיבות אורבניות**, ולא כלום.

כלום ניתן להסכים כי יישוב או מועצה כלשהם כאמור, הם שיחליטו על "הרחבתו" של היישוב, ובפועל, לפי פרשנות זו – **על הקמתם של יישובים חדשים** בתחומם? ומאחר שהבניה החדשה מצויה בתוך תחום שיפוט של המועצה היא תקרא "הרחבה" על אף שמבחינה פיזית היא רחוקה מרחק קילומטרים מהיישוב הוותיק. כל אלה - ללא אישור של דרג מדיני כלשהו לגבי **עצם ההחלטה על ההקמה**?! אפילו בתוך ישראל, בה הקמת ישוב חדש אינה טעונה כל כך כמו בשטחים, אין איש מעלה בדעתו כי מועצה מקומית פלונית, היא שתחליט, על דעתה בלבד, להקים ישוב חדש.

וזאת יש להדגיש – בהחלטת 1999 ביקשה הממשלה להקל על הרחבת יישובים, אך מצאה להבחין הבחן היטב בין הרחבה של יישוב בתוך תחום ישראל לבין הרחבה של ישובים באיו"ש. את הראשונים – פטרה מהסכמת דרג מדיני להרחבה. לא כך לגבי בניה בשטחים. והטעמים לכך ברורים כשמש – מחמת הפן המדיני והמשמעות הבינלאומית והפוליטית של בניה בשטחי איו"ש, ומחמת הפן הביטחוני המתחייב מכל בניה באזור זה.

(4). יתר על כן, הפרשנות האמורה מובילה לתוצאה כי בין הרחבה / שכונה של ישוב קיים, לבין הקמת יישוב חדש, אין ולא כלום. הרחבה, לשיטת המחזיקים בפרשנות זו, יכולה להיות במרחק של קילומטרים מהישוב הקיים. השכונה או ההרחבה, יכולה להיות של אגודה אחרת, כאשר אין כל קשר או זיקה אורבניים בין יישוב "האם" לבין "השכונה" / "הרחבה". הקשר היחיד ביניהם הוא תחימתם בתוך תחום שיפוט אחד.

פרשנות כאמור חותרת תחת פרשנות סבירה למלים. היא מייחסת למלים "הרחבה" ו"שכונה" מעבר למה שמלים אלה יכולות להכיל. על פני הדברים זו פיקציה לכנות יישובים חדשים אלה בשם "שכונה" ו"הרחבה". זו פרשנות בלתי סבירה שמובילה

לתוצאה שאינה מתיישבת עם המציאות, בה שכונות והרחבות אלה הם יישובים נפרדים.

(5). עוד אוסיף כי פרשנות זו מובילה לתוצאה, שהדרג המדיני מעורב – לשיטת המחזיקים בדעה זו - רק מעת שנדרשת הרשאה לתכנון מאת שר הביטחון. קרי – רק עם תחילת ההליך התכנוני. **הדרג המעורב הוא שר ביטחון בלבד.**

כבר עמדתי על כך שלהקמת יישוב חדש, ודאי בשטחי איו"ש, ישנם פנים רבות, מבחינה מדינית ובינלאומית, מבחינה כלכלית, מבחינה חברתית מבחינה ציבורית פנים ישראלית ובחינות נוספות. לא בכדי החליטה הממשלה כי על הקמת יישוב חדש, **גם בתוך ישראל**, תחליט **הממשלה כולה**. קל וחומר הקמת יישוב בשטחים. כלום נכון לפרש את החלטת הממשלה מ - 1999 כביכול הממשלה הפקידה למעשה בידי שר הביטחון לבדו להחליט על הקמת שכונות והרחבות חדשות, שבינן לבין ישוב חדש אין ולא כלום? שר הביטחון הוא האדם המוסמך לשקול שיקולי ביטחון. אך השיקולים הרלוונטיים להקמת יישוב הם רחבים בהרבה. תוצאה פרשנית זו חותרת תחת קביעת הממשלה עצמה כי הקמת יישוב חדש טעונה החלטת ממשלה.
עוד יש לציין כי בצדה של החלטה על הקמת ישוב בשטחי איו"ש חלה אחריות רבה על הגורם המחליט. מן הראוי שזו תוטל על שכמה של הממשלה כולה.

(6). נימוק נוסף התומך בגישתי נשען על פרשנות היועץ המשפטי לממשלה שהוא הפרשן המוסמך להחלטות הממשלה. בשנת 1997 נדרש מר אליקים רובינשטיין לפרשנות החלטת 1984 לבקשת הפרקליט הצבאי הראשי.

בדיון זה נדונו שאלות פרשניות בנוגע להחלטת 1984 הנ"ל. לגבי החלטה זו נכתב בדברי הסיכום של היועץ:

> "על פי החלטה זו הרחבת שטח רצוף של יישוב אינה מחייבת החלטת ממשלה. מכאן עולה כי הרחבת שטח שאינו רצוף – מחייבת החלטת ממשלה. בנושא זה הושמעה העמדה הפרשנית לפיה רק הרחבה של שטח בנוי, ללא רצף טריטוריאלי מחייבת החלטה כזו. זאת, בשונה מהרחבת תחום שיפוט בלבד, שאינה מחייבת על פי שיטה זו החלטת ממשלה. **<u>היועץ המשפטי לממשלה סיכם עניין זה בציינו כי אינו רואה בסיס משפטי</u>**

<u>לפיו ההחלטה חלה רק על הרחבת שטח בנוי. לפיכך, יש לשיטתו צורך בהחלטת ממשלה בכל הרחבת ישוב, לרבות מקרים של הרחבת תחום שיפוט."</u>

בהסתמך על פרשנות היועץ המשפטי לממשלה כאמור לעיל יש לקבוע כי החלטת 1984 מדברת על <u>הרחבה</u> במובן הרחבת בניה, ולא רק על הרחבת תחום שיפוט. לפי הכרעת היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להחלטת 1984, כל הרחבה מבוקשת, בין הרחבת שטח בנוי ובין הרחבת תחום שיפוט – מחייבים החלטת ממשלה.

עוד אוסיף כי ניתן למצוא חיזוק בלשון ההחלטה עצמה לכך שכוונת המחליטים לגבי ההרחבה עליה נסבה ההחלטה היתה **להרחבת בניה**. נזכיר לצורך כך את לשון ההחלטה שקבעה:

> "הרחבה בשטח רצוף של יישוב אשר הוקם או מוקם על פי אישור הועדה להתיישבות אינה זקוקה להחלטה מיוחדת של הועדה, והיא מותנית באישורים המקצועיים של משרד המשפטים בכל הנוגע לבעלות על הקרקע, של משרד הבינוי והשיכון, הביטחון והגורמים המיישבים של ההסתדרות הציונית העולמית <u>בנושאים של בינוי</u> (התיישבות, ושל מועצת התכנון העליונה)"
> (ההדגשה שלי – ט.ש.)

הנה עיננו רואות כי ההרחבה שנדונה בהחלטת הממשלה היא **הרחבת בניה.** דברים אלה עולים בקנה אחד עם פרשנות היועץ המשפטי לממשלה להחלטה זו.

מאחר שהחלטת 1984 והחלטת 1999 - שתיהן מדברות במונח "הרחבה", עוסקות באותו הקשר, והחלטת 1999 ביטלה את החלטת 1984 ובאה במקומה, הרי

שהמלה "הרחבה" שבהחלטת 1984 כוונתה לאותו עניין בדיוק כמו "הרחבה" בהחלטת 1999.

(7). מניירות העמדה שהוכנו בפרקליטות הצבאית לקראת ישיבת הממשלה בעניין החלטת 1999 עולה, כי המקרה שהעלה את הקושי בשנת 1999 לגבי החלטת 1984 היה גבעת

הזית ביישוב אפרת. למיטב ידיעתי גבעת הזית היתה כלולה בתחום שיפוט אפרת ממילא. כך שהמקרה שנדון באותה ישיבה לא התייחס כל עיקר להרחבת תחום שיפוט אלא להחלטה על הרחבת הבניה ביישוב, עקב הקפאת תוכנית הבניה לגבעת הזית שנים קודם לכן. מתוך פרוטוקול ישיבת הממשלה בו עיינתי במזכירות הממשלה עולה שתחום שיפוט לא נזכר כל עיקר בדיון זה.

(8). מקרה גבעת הזית מלמד שעד שנת 1999 פרשו גם הרשויות השונות את החלטת 1984 כמחייבת אישור ממשלה להרחבת בניה בפועל, של ישוב קיים כאשר ההרחבה איננה ברצף טריטוריאלי עם היישוב הוותיק. הרי גבעת הזית היתה בתחום שיפוט אפרת, והקושי באישור הבניה שלה היה נעוץ בכך שבנייתה הוקפאה וכדי לחדשה היה צורך באישור הממשלה לכך (לפי החלטת הממשלה מ- 1984 בדבר בניה שאינה ברצף ליישוב קיים). לכן בא השינוי בהחלטת 1999. אך מתחייבת מסקנה כי עד לאותו זמן פירשו הרשויות השונות את החלטת 1984 כמתייחסת גם לבניה בפועל ולא רק לתחום שיפוט. ולא רק פירשו כך, אלא נהגו כך, ומקרה גבעת הזית מוכיח זאת. הדבר עולה גם מתוך החלטת היועץ בנוגע להחלטת 1984. היועץ כתב בהחלטתו מה ניטען בפניו על ידי מערכת הביטחון, וכך כתב: "בנושא זה הושמעה העמדה הפרשנית לפיה רק הרחבה של שטח בנוי, ללא רצף טריטוריאלי מחייבת החלטה כזו. זאת, בשונה מהרחבת תחום שיפוט בלבד, שאינה מחייבת על פי שיטה זו החלטת ממשלה"

משמע מערכת הביטחון היא שטענה בפני היועץ המשפטי, בשנת 1997 כי הרחבת **בניה** שלא ברצף טריטוריאלי מחייבת החלטת ממשלה לפי החלטת 1984.

(9) החלטת 1984 זכתה בשני מקרים שונים להתייחסות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז – הוא היועץ המשפטי לממשלה היום, מני מזוז. במקרה אחד, בחודש אוגוסט שנת 1998, ביקש שר הפנים להביא לאישור ועדת שרים לענייני פנים ושירותים, הצעה לבטל את הצורך באישור הממשלה להרחבה של יישוב, כנדרש מכוח החלטת ממשלה משנת 1984. המשנה ליועץ דאז התבקש להתייחס להצעה, וכתב על דעת היועץ המשפטי לממשלה למשנה למזכיר הממשלה דאז מר אריה זוהר, כי היועץ המשפטי לממשלה מתנגד להחלטה ככל שהיא מתייחסת להרחבת יישוב בשטחי איו"ש. וכך כתב:

"ב. בעוד שהחלטה 640 (הת/40) משנת 1984 פטרה מהצורך בהחלטה מיוחדת "הרחבה בשטח רצוף של יישוב", מבקשים כאן, ללא הסבר, לפטור הרחבה גם שלא משטח רצוף.

ממשלות ישראל לדורותיהן שמרו בידן את סמכות ההחלטה בדבר הקמה של ישובים חדשים בשל המשמעויות וההשלכות שיש להחלטה כזו בהיבטים שונים, ובמיוחד כאשר מדובר בהקמת ישובים בשטחי יש"ע, והדברים ידועים. כך גם החליטה הממשלה הנוכחית (ראה סעיף ז' להחלטת הממשלה מספר 150 מיום 2.8.96 שם נקבע כי: "...הצעות להקמת ישובים חדשים, יובאו לדיון ולהחלטת הממשלה").

"הרחבה" של ישוב, שלא בשטח רצוף, דומה במהותה ובהשלכותיה, במובנים רבים, להקמת ישוב חדש, ועלולה גם לשמש בפועל להקמת ישובים חדשים במסווה של "הרחבות".

אשר על כן, ככל שהצעת ההחלטה מטעם שר הפנים אכן מכוונת רק ליישובים בתחומי מדינת ישראל (הקו הירוק), יש לציין זאת במפורש בהחלטה, וכן מן הראוי לדעתנו להותיר על כנו את הסייג לגבי הרחבה שלא בשטח רצוף." (ההדגשה במקור – ט.ש.).

מקרה שני היה בנובמבר 1998, אז נדונה הצעה לשנות את החלטת 1984 ברוח החלטת 1999 כפי שהתקבלה בסופו של דבר. הוצע כי סמכות שר הביטחון בדבר אישור הרחבה תואצל לע' שר הביטחון להתיישבות. מר מזוז כתב למזכיר הממשלה, על דעת היועץ המשפטי לממשלה דאז, כי אין מקום להאצלת סמכות בעניין כה קרדינאלי, וחזר על עיקרי דבריו משכבר, שהובאו על ידי לעיל.

דבריו אלה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז מר מני מזוז, מבססים לחלוטין את עמדתי המפורטת לעיל, העולה עמם בקנה אחד.

(10). בימים אלה ממש, סמוך מאד למועד הגשת דו"ח ביניים זה, קיבלתי לידי את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 6.12.04 מספר 1.1800 שעניינה: "קבלת החלטה בנושא הקמת יישובים חדשים".

בפתח ההנחיה קובע היועץ המשפטי לממשלה את הדברים הבאים:

"החלטה על הקמת יישוב חדש היא עניין שבמדיניות, ובעלת השלכות רחבות על היבטים שבאחריות של משרדי ממשלה רבים ושונים, ועל כן מן הראוי כי תתקבל על ידי הממשלה, או על ידי ועדת שרים מטעמה"

ההנחיה כולה דנה במוטל על משרדים שונים לבדוק טרם קבלת החלטה על הקמת יישוב חדש.

אני סבורה כי ניתוח משמעות החלטות הממשלה שנעשה על ידי לעיל עולה בקנה אחד עם רציונאל ההנחיה של היועץ המשפטי לממשלה. לא ייתכן כי הממשלה התכוונה בהחלטותיה להקמת הרחבות ליישובים, שאינן צמודות דופן ליישוב קיים, ובינן לבין הקמת יישוב חדש אין ולא כלום – תהיה נתונה בידם של פקידי משרדים ומועצות אזוריות. זאת נוכח משמעות ההחלטה על הקמת יישוב חדש והאחריות הכרוכה בכך שצריך שתהיה מוטלת על הדרג המדיני הרחב והבכיר ביותר.

(11). **עולה מהמקובץ שהחלטות הממשלה הרלוונטיות – חייבו, ומחייבות כיום, החלטת ממשלה על הקמת יישוב חדש. כל בניה הקשורה לישוב קיים, שהיא בגדר הרחבה של הישוב, מחייבת הסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון. החלטות הממשלה חלות הן על הרחבה במובן הפיזי של בניה, והן על הרחבת תחום שיפוט.**
הרחבה של ישוב יש לפרש בסבירות. הרחבה של יישוב קיים, והקמת יישוב חדש אינם היינו הך, גם אם היישוב החדש הוקם בתוך תחום שיפוט של יישוב/ רשות מקומית.

מאחר שהחלטת 1999 אינה עושה הבחנה ברורה בין הקמת ישוב חדש לבין הרחבת ישוב קיים, יש צורך בשינוי ההחלטה וקבלת החלטה אחרת תחתיה.

לסיכום פרק זה:

א. הקמת יישוב חדש חייבה מאז ומעולם, החלטה של הממשלה כולה.

ב. בין השנים 1984 ל- 1999 **הרחבת** יישוב על ידי הוספת מבנים **שלא ברצף** טריטוריאלי עם יישוב ותיק שהוקם לפי החלטת ממשלה או ועדת שרים להתיישבות, חייבה החלטה של הממשלה כולה.

ג. משנת 1999 מחייבת כל **הרחבת בניה של יישוב** בשטחים – בין ברצף טריטוריאלי עם ישוב ותיק ובין אם לאו – הסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון; הסכמה כאמור צריכה להינתן טרם מתן הרשאה לתכנון על ידי שר הביטחון.

ד. החלטות 1984 ו- 1999 – מדברות בהרחבה של ישוב קיים הן מהבחינה הפיזית של הוספת בניה, והן מבחינת הרחבת תחום שיפוט.

ה. הקמת יישוב חדש ו"הרחבה" של יישוב קיים, אינם היינו הך, וצריכים להתפרש לפי הנתונים הפיזיים הנוגעים בדבר; הרחבה של ישוב כפרי הינה בניה צמודת דופן ליישוב. הקמת מבנים במרחק ניכר מדופן היישוב (מאות מטרים בקו אווירי ויותר), אינם בבחינת הרחבת יישוב קיים אלא הקמת יישוב חדש גם אם היישוב הוותיק והישוב החדש מצויים בתחום שיפוט של ישוב / רשות מקומית אחת.

ו. החלטת 1999 לוקה בחוסר בהירות. לא ברור מה בין הרחבה של יישוב קיים לבין הקמת יישוב חדש. פירוש הרשויות להחלטה זו הוציא מדרך הקמת יישובים בשטחים את הממשלה. החלטה זו יש לשנות.

<u>המלצות</u>

אני ממליצה לבטל את החלטה 175 ולקבוע במקומה:

החלטה זו מתייחסת להקמת והרחבת יישובים בשטחי איו"ש

א. הקמת יישוב חדש או הרחבת בניה של יישוב בשטחי איו"ש (להלן: "הרחבה") שהוקם לפי החלטת הממשלה או ועדת שרים להתיישבות - טעונה החלטת ממשלה.

ב. הרחבת תחום שיפוט של מועצה מקומית / אזורית או עירונית או ישוב באיו"ש – טעונה החלטת ממשלה.

ג. יישוב שהוקם לפי החלטת הממשלה או ועדת שרים להתיישבות, והוקמו בסמוך לו שכונות או מבנים שלא כדין, לא תבוצע כל הרחבה ליד או בסמוך למבנים אלה עד שלא יוכרע מה יעשה בהם.

ד. לא תינתן הרשאה לתכנון על ידי שר הביטחון, ולא תדון ועדה לתכנון בתוכנית אלא רק לאחר הצגת אישורים מתאימים מאת הדרג המדיני כמתחייב מהחלטה זו.

4.2.2 ההיבט הקרקעי

4.2.2.1 <u>אדמות מדינה</u>

הקמת יישוב מחייבת הקצאת קרקע להקמתו. החלטת 1979 שבאה בעקבות הכרעת בג"צ בפרשת אלון מורה קבעה, כי הקמת ישובים ישראלים בשטחים תיעשה **באדמות מדינה** ("אדמות מדינה" – ראה פרק פתח דבר, הערות מקדימות, הבהרת מושגים) ואכן, מאז נעשו הכרזות על קרקעות כאדמות מדינה, והממונה (ראה שם ,שם, הבהרת מושגים), המנהל את אדמות המדינה, רשאי להקצות אך ורק קרקעות שנכללות בסווג הקרקעות כאדמות מדינה (ראה פרוט הקרקעות בפרק הבהרת מושגים – קרקעות מדינה), בתוכן קרקעות שהוכרזו כאדמות מדינה.

טכניקת ההכרזה על קרקע כאדמת מדינה כללה מספר בדיקות שנעשו ובהן: בדיקה בפנקסי רישום המקרקעין (אך כאמור רק כשליש מהקרקעות באיו"ש עברו הליך של הסדר מקרקעין); בדיקה בפועל שהשטח אינו מעובד; בדיקה בתצ"א שהשטח לא עובד מספר שנים. בחלק מהליכי ההכרזה מסומן השטח על ידי מודד, נעשה סיור בשטח כולל הצגת גבולותיו בפני מוכתרים של הכפרים הסמוכים, נעשה פרסום בכפרים ונקצב זמן להגשת התנגדויות למי שיש לו טענות על זכויות בשטח.

מנהל לשכת התכנון במנהל האזרחי מסר לי כי בדיקת ההכרזות על אדמות מדינה לעומת סימוני ההכרזות על המפות, מגלות אי דיוקים חמורים. עתה מתברר כי במקרים רבים אין זהות בין תחומי ההכרזה של קרקעות מדינה, לבין הקצאת הקרקע שנעשתה; אין זהות בין גבולות אדמות המדינה שהוכרזו לבין גבול התוכנית שאושרה; אין התאמה בין תחום אדמות המדינה שנקבעו לבין תחום השיפוט שנקבע.

ראש תחום תשתית במינהל האזרחי, הסביר את אי הדיוקים האמורים בשיטת סימון לקויה של הקרקעות שהוכרזו כאדמות מדינה, על מפות. עוד ציין כי רישומי קרקעות אלה נעשו תחילה על תצלומי אוויר. בכל תצ"א יש אלמנט של עיוות, כאשר מרכז הצילום מדויק יותר ביחס לצידיו. באותם זמנים של ההכרזות על אדמות מדינה, צילומי התצ"א נעשו בדרך מיושנת, ויצרו עיוותים לא מעטים (היום הצילום בתצ"א מדויק בהרבה לעומת אלה מאותה תקופה).

מכל מקום, אי הדיוקים הרבים שבסימוני אדמות המדינה המוכרזות מוסברים באלה.

לנתונים אלה יש השלכה על העובדה המתבררת עתה, כי **חלק מהקרקעות שהוקצו על ידי הממונה לחטיבה להתיישבות, אינן בגדר אדמות מדינה מוכרזות אלא הן בגדר אדמות סקר, ובחלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים**. אמנם, הממונה הקפיד כדבריו, להקצות אך ורק קרקעות מדינה; והחטיבה להתיישבות טענה בפני כי הם קיבלו מהממונה קרקע להקצאה שהיא אדמת מדינה בלבד. אך עתה מתברר כי אין זו התמונה העובדתית במלואה.

יתר על כן, רת"ח תשתית מסר לי כי בזמנו חלק מהקרקעות שהוקצו לחטיבה, היו של אדמות סקר, **בידיעה** שהן כאלה. נוהג זה פסק רק בשנת 1998 עקב הנחיה בנדון של היועץ המשפטי לממשלה מר רובינשטיין.

עלי לציין כי בימים אלה נערכת עבודת הכנה מורכבת לצורך תיחום יישובי איו"ש בין היתר לשם מימוש הבנות עם הממשל האמריקאי. עבודת ההכנה מחייבת בחינת מעמדה של הקרקע ביישובים רבים באיו"ש. כתוצאה מהבחינה הפרטנית מתגלית תמונת מצב בעייתית מאד כמתואר לעיל. ממצאים אלה הפתיעו את אנשי המנהל האזרחי עצמם.

4.2.2.2 **אדמות סקר**

כאמור, חלק ניכר מהקרקעות באיו"ש אינן מוסדרות. לפיכך חלק ניכר מהן אינו רשום ולא ידוע אם אדמות מדינה הן אם לאו. מאחר שהיה צורך באיתורן של קרקעות מדינה לצורך הקמת יישובים ישראלים בהתאם למדיניות הממשלה ובעקבות החלטת בג"צ בפרשת אלון מורה משנת 1979, החלה בדיקת קרקעות לצורך ההכרזה עליהן כאדמות מדינה. **קרקעות בבדיקה, המיועדות להכרזה עליהן כאדמות מדינה, כונו אדמות סקר.**

תחילה היה משרד המשפטים מעורב בהחלטה האם ניתן להכריז על קרקעות סקר כאדמות מדינה. בשנת 1992 השתנתה מדיניות הממשלה בנוגע לאיתור קרקעות לצורך הקמת יישובים, נוכח החלטת ממשלת רבין ז"ל על הקפאת הבניה בשטחים.
בשלב מאוחר יותר, בשנות ה – 90, שונתה שוב המדיניות ונערכו לאיתור קרקעות כאמור. בשלב זה הוחלט על כינון **נוהל אדמות סקר**, שהוא קביעת כללים כיצד יתוחמו קרקעות, במגמה לאתר אדמות מדינה. הנוהל קובע הוראות לגבי סימונן של אותן קרקעות שאותרו, ושלבי הטיפול בהן עד להכרזה עליהן או על חלקן כאדמות מדינה. עלי לציין ולהדגיש כי **תכלית** נוהל אדמות סקר היא לברר **האם** הקרקע המסוימת היא קרקע שניתן להכריז עליה כקרקע מדינה.

לפי הפרקטיקה שהתגבשה, יש צורך באישור שר ביטחון להתנעת תהליך סקר. לפיכך תחילת נוהל אדמות סקר מותנית בהנחיית עוזר שר הביטחון להתיישבות, או אלוף פקמ"ז או מתאם פעולות צה"ל בשטחים. בדרך כלל, ע' שר הביטחון להתיישבות הוא שמצהיר בשם שר הביטחון על השטחים המיועדים לאיתור.

כיום תלויות ועומדות בקשות להכרזת אדמות סקר כאדמות מדינה. בקשות אלה מצויות ב"צנרת". נמסר לי כי לגבי כל בקשה נאספים נתונים על ידי הממונה ואחרים. אינני יודעת בכמה בקשות כאמור מדובר, אך ככל הידוע לי מדובר בבקשות לא מעטות. בשלב מתקדם של הבדיקה אמורה להינתן חוות דעת מטעם היועץ המשפטי לאיו"ש. מספר הבקשות המונחות אצלו כיום בהמתנה למתן חוות דעת משפטית הוא **כחמש בקשות, המתייחסות לקרקעות עליהן ממוקמים מאחזים בלתי מורשים**, ואלה הם: גבעת הרואה; נווה דניאל צפון; רוג'ום אל חמרי; ג'בל חרשה. ככל הנראה ישנה בקשה נוספת אך אינני יודעת לאיזה מאחז היא מתייחסת.

4.2.2.3 <u>הקצאת קרקע לגוף מיישב</u>

ככלל, הקרקע להקמת יישוב קהילתי או כפרי, מוקצה בפועל על ידי הממונה.
ההקצאה נעשית לגוף מיישב. ההקצאות נעשות בעיקרן להסתדרות הציונית העולמית השייכת לסוכנות היהודית, שהיא גוף מיישב, והיא, באמצעות החטיבה להתיישבות שלה, מקצה את הקרקע למועצות האזוריות או למועצות המקומיות באיו"ש, או ליישובים הכפריים שבתחום המועצות האזוריות. ישנם גופים מיישבים נוספים אך ההסתדרות הציונית היא הגוף המיישב המרכזי בכל הנוגע להתיישבות הכפרית באיו"ש.

הגוף המיישב אחראי על הקמת היישוב מבחינה פיזית, גיבוש גרעין התנחלותי, הכנת תוכניות, הכנת התשתיות, בניית "המחנה הזמני" קרי, המבנים הראשונים למגורים ומתן אמצעי ייצור למתיישבים.

לגבי יישובים עירוניים, מקצה הממונה את הקרקע למשרד הבינוי והשיכון.

בצד הקצאות עיקריות אלה קיימים מקרים אחרים, שכפי שנמסר לי במינהל האזרחי נעשו הקצאות לגוף מיישב אחר על פי החלטת ממשלה או לגוף שרכש קרקע (כמו "הימנותא") והקרקע הוכרזה כרכוש ממשלתי.

4.2.3 ההיבט המוניציפאלי (קביעת תחום השיפוט)

באופן פורמאלי נקבע תחום שיפוט של ישוב בצו שהוצא על ידי אלוף הפיקוד **בדבר ניהול מועצות אזוריות, (צו מס. 783)**; ו**בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות, (מספר 892).**
תחום השיפוט נבחן בפועל טרם קביעתו הפורמאלית, על ידי משרד הפנים. משרד הפנים הנו בגדר גורם מייעץ בכל הנוגע להכרזת תחום שיפוט באיו"ש, שכן אלוף הפיקוד איננו מחויב לקבל את המלצתו. בפועל, כפי שנמסר לי על יד משרד הפנים, ההמלצה בדרך כלל מתקבלת במלואה.

תחום השיפוט נקבע על ידי האלוף רק לאחר אישור שר ביטחון על דעת ראש הממשלה.

תחום השיפוט קובע את גבולות האחריות המוניציפלית של הרשות המקומית. בהתאם לחקיקה הצבאית החלה באזור, רשאית הרשות המקומית להפעיל את סמכותה בתחום השיפוט שלה, בכפוף לכל דין אחר שחל. רשות מקומית אינה רשאית להקים מבנים אלא בכפוף להוראות חוק התכנון והבניה הירדני. **קביעת תחום שיפוט – איננו מאפשר בניה אלא בכפוף לחוק.**

כמו כן, כדי שניתן יהיה לבנות בשטח שבתחום רשות מקומית, חייב להיות מוגדר מרחב התכנון. מרחב התכנון בהתאם לסעיף 13 לחוק התכנון והבניה הירדני מגדיר היכן ניתן לתכנן תוכנית. לא כל תחום השיפוט של רשות מקומית מיועד לתכנון. אין בהכרח זהות בין תחום תכנון לבין תחום שיפוט. תנאי למתן אפשרות בניה היא שהוגדר מרחב התכנון.

<u>אלה הרשויות המקומיות באיו"ש:</u>

ישנן מועצות מקומיות, דוגמת היישוב אפרת; ישנן מועצות מקומיות שהן עיריות, כמו מעלה אדומים, אריאל.
ישנן מועצות אזוריות, וישנם ועדים מקומיים של יישובים. בדרך כלל כל ישוב המשוייך למועצה אזורית מסוימת, שולח נציג מטעמו למועצה האזורית.

רובה של ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא כפרית.
לרשויות המקומיות מוקצה תחום שיפוט, המשורטט על מפה המצורפת לצו האלוף המכריז על הקמתן או על שינויי הגבול שלהן.

<u>הרחבת תחום השיפוט במחצית השניה של שנות התשעים</u>

תחום השיפוט של היישובים והרשויות המקומיות והאזוריות באיו"ש הורחב במחצית השניה של שנות ה - 90, **מסיבות מדיניות. הרחבת תחומי השיפוט נעשתה ללא כל קשר לצרכים האורבאניים של הישובים הקיימים.**

<u>המועצות האזוריות:</u>

המועצות האזוריות חולשות כל אחת על מספר מסוים של יישובים כפריים הנמנים על אותה מועצה אזורית. **צו** אלוף הפיקוד **בדבר ניהול מועצות אזוריות, צו מס. 783** הוא שקובע איזה ישוב כפרי שייך לתחום מועצה אזורית מסוימת. תחום השיפוט של המועצות האזוריות בשטחים מוגדר בצו 783. תחום השיפוט של מועצה אזורית יכול להיות מוגדר בשתי דרכים:

א. "צירוף תחום היישובים אשר שמותיהם מפורטים בתוספת מתחת לשמה של אותה מועצה אזורית". כאשר כך מוגדרת המועצה האזורית הרי נראים תחומי השיפוט שלה כ"איים" "איים" בתוך שטח גדול. חלקים שאינם מתוחמים בצו השיפוט של המועצה אינם כלולים בתחום שיפוטה.

ב. "השטח הנושא את שמה של המועצה האזורית המפורט בתוספת, המתוחם והמשורטט בצבע אדום במפה חתומה בידי מפקד האזור למעט שטחים סגורים וקרקעות בבעלות פרטית שאינם בתחום יישוב. אך לרבות שטח שנתפס בצו לצרכים צבאיים".

הדרך השניה להגדרת תחום השיפוט של מועצה אזורית היא תחימת קו בשטח נרחב כאשר מוצאים ממנו אותם שטחים שאינם כלולים בתחום השיפוט של המועצה האזורית. יש לשים לב כי שטח סגור, וקרקע פרטית (בדרך כלל פלסטינית) אינם כלולים בתחום השיפוט של המועצה המוגדרת לפי אפשרות זו.

עוד נובע מן ההגדרות לעיל כי ישנם שטחים נרחבים המצויים בתחום מועצות אזוריות ואין בהם יישוב כלשהו.

<u>תחום יישוב</u>

תחום ישוב אף הוא מוגדר בצו המועצות האזוריות, והוא:

"השטח הנושא את שם הישוב המתוחם בקו במפת אותו ישוב או במפת המועצה האזורית החתומה ביד מפקד האזור".

<u>חלוקת המדינה למחוזות</u>

מן הראוי להבהיר כי יישובי איו"ש אינם כלולים **באופן פורמאלי** בחלוקה המנהלית של המדינה. באופן פורמאלי ישנם 6 מחוזות למדינה, כאמור בילקוט הפרסומים 5331 מיום י"ז בתמוז התשס"ד, 6.7.04. ואולם **בפועל** נחשב אזור איו"ש כמחוז נוסף, וכך חבל עזה, והישובים המוכרים שם מתוקצבים על ידי המדינה כישוב בתוך ישראל לכל דבר ועניין.

<u>ישוב מוכר – סמל ישוב</u>

יישוב מוכר מקבל **סמל ישוב**. הקביעה בדבר זכאות לסמל יישוב נעשית על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בתיאום הדוק עם משרד הפנים. סמל היישוב, המוענק לישוב המקיים מספר תנאים, מהווה "תעודת זהות" של היישוב, ועל בסיס זה ניתן לפתוח חשבון בנק לישוב ולזכות במענקים הניתנים לישוב בישראל.

ככלל, סמל יישוב אינו מוענק ליישוב שאין לו תכנית מפורטת כדין.

עיון בפרסום סמלי יישוב של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מעלה כי רוב המאחזים הבלתי מורשים אינם מוכרים כיישובים ואין להם סמל יישוב.

4.2.4 ההיבט התכנוני

הליכי התכנון המתחייבים לאישור תכנית מפורטת נסקרו על ידי בתמצית בפרק הראשון, פתח דבר, הערות מקדימות (הבהרת מושגים) – ראה שם.

החקיקה באזור איו"ש מורכבת בעיקרון משני רבדים עיקריים של חקיקה. האחד – הוא החוק שחל באזור עם כניסת צה"ל לאזור ב – 1967. רובד זה כולל חקיקה עותומנית, מנדטורית וירדנית. רובד שני – כולל את תחיקת הביטחון שחוקקה על ידי מפקד צה"ל באזור.

בכל הנוגע לתכנון ובניה – חל חוק התכנון והבניה הירדני ושנויים והוראות שנקבעו בתחיקת הביטחון בנושא התכנוני.

<u>רשויות התכנון באיו"ש כוללות שלושה תחומי פעילות והם: תכנון, רישוי ופיקוח</u>

<u>התכנון:</u>

התכנון כולל שתי מערכות. האחת: הן **ועדות התכנון**. הן הגוף המוסמך לטפל ולהחליט בנוגע לתוכניות מתאר ותוכניות מפורטות. מערכת שניה, הן **תוכניות התכנון לסוגיהן**. הן הקובעות את התכנון והבניה המותרים בתחום שטח נתון.

חוק התכנון הירדני קובע 3 רמות של ועדות תכנון: מקומית; מחוזית ומועצת תכנון עליונה (מת"ע). **<u>ועדה מקומית</u>** רשאית רק להוציא היתר בניה על פי תוכנית מאושרת בת תוקף. היתר ניתן להוציא רק מכוחה של תכנית מפורטת. ועדה מקומית עוסקת בעיקר בהוצאת היתרי בניה ובפיקוח על הבניה הבלתי חוקית. ועדה מקומית אינה מוסמכת לשנות תוכניות קיימות או לתכנן חדשות. תחום סמכותן של הועדות המקומיות הוא מרחב התכנון שלהן, שנקבע מכוח סעיף 13 לחוק התכנון והבניה הירדני. ועדת תכנון מקומית אינה מוסמכת ליתן היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית, שכן סמכות הועדה היא רק בתוך מרחב התכנון בו חלה תוכנית מפורטת, ומקום שחלה תוכנית מפורטת לא חלה תוכנית מנדטורית.
<u>הועדות המחוזיות</u> הן ערכאה גבוהה יותר מהועדות המקומיות. מוסמכות לאשר תוכנית מפורטת. תהליך האישור חייב להתבצע בהתאם לכללים שנקבעו והוטמעו בתוך תחיקת הביטחון בכל הנוגע לאישורי שר ביטחון הנדרשים לצורך קידומה ואישורה של תוכנית (ראה החלטת 1996).

הועדות המחוזיות הוקמו כועדות משנה של מת"ע והוענקו להן על ידה סמכויות של ועדה מחוזית. **<u>מת"ע</u>** היא הערכאה התכנונית העליונה המקבילה למועצה הארצית לתכנון ובניה בישראל. מת"ע מאשרת תוכניות אזוריות ומתאריות, מוסמכת לתקן היתרי בניה שהוצאו על ידי רשויות תכנון נמוכות יותר; מוסמכת להמליץ על הכרזת מרחבי תכנון ומשמשת ערכאת ערעור עליונה על הועדות המחוזיות. בראש

מת"ע יושב לפי חוק התכנון והבניה הירדני שר הפנים הירדני. מפקד האזור מינה את קמ"ט פנים של המינהל האזרחי כיו"ר מת"ע, והוא חותם על צווי ההכרזה של אזורי תכנון.

נציין כי בניה באזורים כפריים אינה מחייבת תוכנית מתאר, אך מחייבת תוכנית מפורטת. השלבים העיקריים לאשור תוכנית כאמור הנם דיון להפקדה; הפקדה להתנגדויות; דיון בהתנגדויות; מתן תוקף ופרסום לתוקף.

בניה מכוח תוכנית בת תוקף מחייבת קבלת היתר בניה.

<u>רישוי</u>

רישוי לבניה ניתן לקבל מכוח תכנית מפורטת בת תוקף שכוננה לפי תחיקת הביטחון או מכוח תוכנית מנדטורית.

<u>תוכניות מנדטוריות החלות בחלק משטחי איו"ש</u>

בתקופת המנדט הבריטי הוכרזו שני מרחבי תכנון: מרחב תכנון ירושלים הכולל את מרחבי יהודה ובנימין, ומרחב שומרון. למרחבי התכנון הללו הוכנו בתקופת המנדט תוכניות אזוריות. לאזור ירושלים הוכנה תוכנית R/J/5 ; לאזור השומרון הוכנה תוכנית S15. הבניה על פי תוכנית כאמור הינה מוגבלת, ומטרתה לאפשר בעיקר בנית יחידה אחת למגורים על חלקה שאינה קטנה מדונם אחד (אך יכולה להיות גדולה ממנו בהרבה). הבניה כאמור מיועדת לאזורים חקלאיים. הוראות התוכניות הללו מחייבות כל עוד לא שונו על ידי תוכנית אחרת. ניתן לבקש היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית כאמור, לגבי קרקע בה היא חלה, מאחת משתי ועדות: **ועדת משנה לרישוי** – שתחום סמכותה הוא בתחום השיפוט של רשות מקומית אך מחוץ למרחב התכנון; או, **ועדת משנה לתכנון מקומי** – כאשר מבוקש היתר מחוץ לתחום השיפוט ומחוץ למרחב התכנון.

היתר כאמור אינו טעון כל אישור של הדרג המדיני, וזאת שלא כמו בהליכי תכנון לפי תוכנית מאושרת מכוח תחיקת הביטחון.

יש לציין כי בקשות למתן היתר בניה לפי תוכנית כאמור מוגשות גם לאחר שהמבנים כבר נבנו. הועדות אינן מסרבות להוציא היתר בניה, במקום שהמבקש היה זכאי להיתר מלכתחילה, כאשר הבקשה הוגשה לאחר ביצוע הבניה בפועל.

<u>פיקוח על הבניה הבלתי חוקית</u>

לועדות התכנון מוקנות סמכויות פיקוח ואכיפה, בין השאר בנושא הבניה הבלתי חוקית.

שלבי הטיפול העיקריים בבניה בלתי חוקית (**נוהל בב"ח**) הינם כלהלן:

בשלב ראשון מוציאה הועדה המקומית באמצעות פקחי יחידת הפיקוח צו הפסקת עבודה ומזמנת את הבעלים להופיע בפניה; הבעלים יכול להגיש בינתיים בקשה להיתר בניה. היה וזה ניתן – יבוטל ההליך. לא בוטל ההליך או לא הגיש בקשה, תחליט הועדה בעניין. אם החליטה לדחות את הבקשה – היא מוציאה צו הריסה ומעניקה לבעלים ארכה בת 30 יום להגשת ערר. הגיש ערר

ונדחה, או לא טרח להגיש ערר – רשאית הועדה באמצעות אנשי הפיקוח מטעמה לפעול בעצמה להריסת המבנה הבלתי חוקי (בהתאם לסעיף 38(7) לחוק התכנון והבניה הירדני). הטיפול בבניה בלתי חוקית המתואר לעיל נקרא – נוהל בב"ח.

ניתן כבר לציין כי תלויים ועומדים כיום אלפי צווי הריסה שהוצאו נגד בניה בלתי חוקית באיו"ש ואלה אינם מבוצעים כלל. עוד נעסוק בעניין זה בהמשך.

סיכום ביניים

לשם הקמת יישוב חוקי בשטחים נחוצה החלטת ממשלה עקרונית על הקמת יישוב; הקצאת קרקע למטרה זו לגוף מיישב; קביעת תחום שיפוט ליישוב בצו אלוף הפיקוד;הרשאה לתכנון הקרקע, הגשה לועדות התכנון וקבלת תוקף לתוכנית.

בכל השלבים המתוארים לעיל מתחייב אישור הדרג המדיני.

סיכום השלבים בהם נחוץ אישור דרג מדיני:

א. לשם הקמת יישוב חדש נחוצה החלטת ממשלה (ראה החלטת 1996);
מימוש החלטה ישנה על הקמת ישוב (מלפני 1992) טעונה החלטת ממשלה חדשה.

ב. הרחבה של יישוב שהוקם כדין:

<u>עד שנת 1999</u>, אם הרחבת הבניה נעשתה שלא ברצף טריטוריאלי עם היישוב הקיים: היתה נחוצה החלטת ממשלה.
אם ההרחבה נעשתה ברצף טריטוריאלי – היתה נחוצה הסכמת משרדי ממשלה רלוונטיים בלבד (ראה החלטת 1984)

<u>משנת 1999</u>: כל הרחבה של ישוב שהוקם כדין, בין אם ברצף עמו ובין אם לאו, בין אם הרחבת בניה ובין אם הרחבת תחום שיפוט – טעונה הסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון (ראה החלטת 1999).

ג. לצורך הכרזה על קרקע כעל אדמת מדינה, יש להחליט על הליך סקר. כדי להניע הליך סקר - יש צורך באישור שר ביטחון;

ד. הקצאת קרקע על ידי הממונה, שהיא אדמת מדינה, מחייבת קבלת אישור שר ביטחון (ראה החלטת 1996);

ה. הרשאה לתכנון באדמות מדינה מחייבת אישור שר הביטחון (ראה החלטת 1996);

ו. דיון בתכנית מתאר או תכנית מפורטת מחייבת אישור שר הביטחון (ראה החלטת 1996);

ז. פרסום לתוקף של תוכנית לא יעשה ללא אישור שר הביטחון (ראה החלטת 1996 וצו שהוציא אלוף הפקוד בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (מספר 1445), התשנ"ו – 1996).

עד כאן סקירת הליכי ההתיישבות הישראלית באיו"ש הנדרשים לפי הדין.

מכאן נעבור לשאלת המאחזים הבלתי מורשים.

פרק חמישי

המאחזים הבלתי מורשים

5.1 מהו מאחז בלתי מורשה 5.2 סיווג המאחזים לקטגוריות 5.3 המשמעות המשפטית של סוגי הקטגוריות 5.4 מספר המאחזים ונתוני משרד הביטחון עד כה 5.5 רשימת המאחזים, נתונים על פנויים וסיווגם לקטגוריות 5.6 סיכום רשימת המאחזים 5.7 דרכי הקמת המאחזים

עיינתי בהחלטות הממשלה, ישיבות שרים לביטחון, ישיבות ועדות שרים להתיישבות בין שנקראו כך ובין שתפקדו כועדות משנה להתיישבות של ועדת שרים לביטחון – ולמיטב בירורי אין בנמצא החלטת ממשלה או ועדה כאמור, החל מתחילת שנות התשעים ואילך, בה הוחלט על הקמת ישוב חדש בשטחים, או הרחבת שכונה של יישוב ותיק יותר.

מאחר שבשטח הוקמו ישובים רבים בחמש עשרה השנים האחרונות, והורחבו ישובים קיימים, הרי מתבקשת המסקנה כי אלה הוקמו ללא החלטה של הממשלה, ורובם ללא הסכמת ראש הממשלה ואישור שר ביטחון.

5.1 מהו מאחז בלתי מורשה?

5.1.1 מאפיין ראשון: העדר אישור של הדרג המדיני

נראה לי כי אם עלי לאפיין מהו מאחז בלתי מורשה, הרי הוא בראש וראשונה נקודת יישוב שלא הוחלט על הקמתה בידי ממשלת ישראל בדרך שנקבעה לכך על ידי ממשלות ישראל לדורותיהן.

5.1.2 מאפיין שני: העדר תוכנית מפורטת בת תוקף.

מאפיין שני לאותן נקודות יישוב הנקראות מאחזים בלתי מורשים, הוא העדר תוכנית מפורטת, שרק מכוחה ניתן להוציא היתר בניה. במלים אחרות – הפן התכנוני של מקום יישוב כאמור – איננו מוסדר ואיננו חוקי.

בהקשר זה אוסיף כי לפי **צו בדבר מבנים בלתי מורשים (מספר 1539) (הוראת שעה)** העדר סטאטוס תכנוני כדין די בו כדי לבסס הוצאת צו תיחום שטח במגמה לפנות את המאחז.

שני המאפיינים הללו, מתקיימים בכל המאחזים המנויים ברשימת המאחזים המפורטת בחוות דעתי זאת.
<u>הערה:</u> רוב רובם של המאחזים הבלתי מורשים הם נקודות יישוב מאוכלסות. עדיין ישנם אתרים שיש בהם מכולה או מחסן, וקרקע לעיתים מעובדת לידם, והם אינם מאויישים, ובכל זאת הם נכללים במונח מאחזים. ניסיון החיים מלמד כי אתרים כאמור שאינם מאויישים, הם בחלק ניכר מהמקרים – מאחז בהתהוות. לכן אני מתייחסת לאתרים אלה כאל מאחזים. כאמור – מספרם קטן מאד.

5.1.3 מאפיין שלישי: העדר רצף טריטוריאלי עם יישוב קיים

מאפיין נוסף למאחז בלתי מורשה הוא היותו נקודת התיישבות חדשה, שאינה מצויה ברצף טריטוריאלי אחד עם יישוב קיים. ראה לעניין זה ההבחנה שעשיתי בין הרחבה של ישוב קיים לבין הקמת ישוב חדש (פרק רביעי, סעיף 4.2.1.2)

אכן ישנן הרחבות רבות של ישובים ותיקים, שמשתני אי החוקיות שדבקו במאחזים דבקו גם בהן. אך אני מתמקדת בחוות דעת זו בסוגיית המאחזים הבלתי מורשים, ולפיכך אציין רק אותם בפניך.

5.1.4 מאפיין רביעי: הוקם בשנות התשעים ואילך

עוד אציין כי המאחזים הבלתי מורשים הפכו לתופעה נפוצה החל ממחצית שנות התשעים ואילך. לפיכך **הגדרת מאחז צריכה לכלול את אלמנט הזמן, היינו, אותם ישובים המקיימים את שלושת התנאים שתוארו על ידי לעיל והוקמו במהלך שנות התשעים ואילך**. חוות דעתי זו איננה מתייחסת אם כן ליישובים ותיקים שקמו לפני שנת 1990.

שאר הנתונים לגבי כל אחד מהמאחזים (וההרחבות) הם משתנים.

5.2 סיווג המאחזים לקטגוריות

מההיבט הקרקעי: ישנם מאחזים הממוקמים על קרקעות מדינה; מאחזים הממוקמים על קרקעות פרטיות של יהודים; מאחזים הממוקמים על קרקעות שהן אדמות סקר ולא הוכרזו כאדמות מדינה; מאחזים הממוקמים על קרקעות פרטיות של פלסטינים; מאחזים הממוקמים על קרקעות מסוגים שונים כאמור לעיל, באותו מאחז.

מההיבט המוניציפאלי: מצויים בתוך תחום השיפוט של מועצה מקומית או אזורית, אך בלי שחלה במקום הימצאם תוכנית מפורטת, כדין; מצויים מחוץ לתחום השיפוט של יישוב כלשהו.

5.3 המשמעות המשפטית של סוגי הקטגוריות

תווית אי החוקיות דבקה בכל סוגי נקודות הישוב המנויים בחוות הדעת, באשר די בכך **שמרכיב אחד** מתוך אלה החיוניים כדי להכשיר ישוב - לא מתקיים, כדי לומר שנקודת הישוב בלתי חוקית היא (ראה שוב פסק הדין בעניין בג"ץ 5853/04, **"אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים ואח' נגד ראש הממשלה ואח',** בעמוד 4 פיסקה 6 ; בג"ץ 9195/03, **היכליה ויינשטוק ואח' נגד הממונה על הרכוש**

הממשלתי בחבל עזה ואח', בעמוד 2 פיסקה 8). והרי כבר אמרנו כי כל נקודות הישוב הנזכרות בחוות דעת זו לא אושרו על ידי דרג מדיני מוסמך - בהתאם להחלטות הממשלה, ואין להם תוכנית מפורטת כדין. ועדיין קיים הבדל מבחינת **עוצמת אי החוקיות** שדבקה בנקודות הישוב השונות, **עוצמה המשליכה על האפשרות המשפטית <u>הלכאורית</u> לתקן את אי החוקיות.**

נבהיר זאת:

מבחינה משפטית אי קיום הוראות החוק בכל הנוגע לתחומי תכנון ובניה, ואי קבלת החלטות ממשלה נדרשות במועדן, כמו אישור הממשלה הראשוני על הקמת יישוב חדש – ניתנים **<u>לכאורה</u>** לתיקון בדיעבד. מובן כי החלטה כאמור מחייבת **שיקול דעת מדיני <u>אם</u>** לאשר בדיעבד, אך שיקול דעת זה אינו מצוי בשדה המשפטנים.
כמו כן יש להחלטה כזו אספקט נוסף שיהיה צורך לשוקלו, והוא מתן לגיטימציה למעשה, להפרת חוק בוטה ונמשכת. בכך יש משום פגיעה חמורה בשלטון החוק בכלל, ועידוד עבריינות על חוק התכנון והבניה בפרט. שיקול זה הוא שיקול נפרד מהשאלה המדינית ויש לתת לו משקל משל עצמו.

עוד עלי לציין, כדי למנוע כל ספק, כי באין החלטה מדינית אחרת בעניין האמור – אי החוקיות עומדת בעינה, ואינה שונה מעניין בלתי חוקי אחר.

אולם אם אי החוקיות שדבקה במאחזים או בהרחבות יישובים נובעת, בין השאר, מחמת **טיב הזכויות בקרקע**, קרי, **אם הם בנויים על קרקע שאינה אדמות מדינה, ודאי אם זו קרקע פרטית**

של פלסטינים,– **<u>הרי שקושי זה בלתי ניתן לתיקון כלל</u>**. אי חוקיות זו היא קולוסאלית, ולא ניתן לתקן את המעוות אלא על ידי פנוי המאחז, וככל המוקדם כן ייטב.

5.4 מספר המאחזים – ונתוני משרד הביטחון עד כה

בטרם אעסוק בסווג המאחזים לקטגוריות, ברצוני להתייחס לשוני המספרי בין רשימת המאחזים הבלתי מורשים המנויים בחוות דעת זו, לבין מספר המאחזים הכולל לו טען משרד הביטחון עד כה.

עד כה מסר משרד הביטחון לגורמים שונים, בהם ועדת חוץ וביטחון בכנסת, ושגרירות ארה"ב בישראל, כי רשימת המאחזים עומדת על מספר כולל של כ – 80 מאחזים, מהם כ – 21 מאחזים שהוקמו לאחר מרץ 2001 ו – 59 מאחזים שהוקמו לפני אותו מועד.

ניסיתי לבדוק מניין באה אותה רשימה ומי הגדיר מהו מאחז.

מתברר כי בעבר היותר רחוק, לפני שנים מספר, נדרש המנהל האזרחי להגיש רשימות של מאחזים – כך מסר לי רת"ח תשתית, אך הוא איננו זוכר במדויק על ידי מי התבקש לעשות כן לראשונה.
לפני כשנתיים לערך נכנס סגן שר הביטחון ח"כ בוים לתפקידו. שר הביטחון הטיל עליו לבדוק את נושא המאחזים הבלתי מורשים. סגן השר פנה למינהל האזרחי בבקשה להעביר אליו רשימה ונתונים על מאחזים בלתי מורשים. ואכן הועברו אליו נתונים חלקיים.

בשלב מסוים במהלך 2004, החל עוזר שר הביטחון שפיגל לאסוף חומר ונתונים על המאחזים באיו"ש.

רשימותיו כללו את כל הנתונים שהיו בידי סגן השר בוים. כמו כן קיבל שפיגל נתונים נוספים מ"שלום עכשיו" וכן קיבל התייחסות לרשימת המאחזים משגרירות ארה"ב בישראל.

רשימות אלה העלו אי דיוקים לא מעטים, שכן ישנם מאחזים הנושאים מספר שמות, ומכל מקום היתה התאמה חלקית בלבד בין הרשימות השונות. לאחר ברורים ודיונים, על בסיס אינטגרטיבי זה של נתונים, הוכנה רשימת המאחזים על ידי משרד הביטחון, רשימה שהגיעה בשלב מסוים לכדי 28 מאחזים שהוקמו ממרץ 2001 (וכמה מתוכם כבר פונו) וכן לרשימה של 59 מאחזים שהוקמו לפני מרץ 2001.

הרשימה המוצגת כאן לפניך מעלה מספר גבוה יותר של מאחזים בלתי מורשים, הכול כפי שתראה להלן, ואף היא אינה סופית, כפי שיבואר בהמשך.

השאלה המתבקשת היא מדוע לא דווח לשר הביטחון על כל רשימת המאחזים המנויים בחוות דעת זו.

שאלה זו הפניתי לראש תחום תשתית, האחראי על מסירת נתוני המנהל האזרחי בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים, והוא נתן לי מספר תשובות בעניין:

א. לא הוגדר באף מקום מאחז מהו, ויש חילוקי דעות בין גורמים שונים מהו מאחז;

ב. המינהל האזרחי הפסיק לפקח בשנת 1998 ואילך בתחום התכנון של הישובים בהם יש תכנית מפורטת, ומתברר עתה כי הפסיק לפקח גם במקומות בהם היתה תוכנית "בהליכים" אף שזו לא פורסמה לתוקף (במלים אחרות – מקום יישוב ללא תוכנית מפורטת בת תוקף). לפיכך לא כל הנתונים היו בידיעתו; אולם רת"ח תשתית טוען בתוקף כי את מה שהיה ידוע לו – מסר.

ג. טעם נוסף לאי ידיעת כל הנתונים הרלוונטיים על ידו הוא שמאז שנת 2000 לא נעשות עוד טיסות בשמי איו"ש לצורכי צילום ופענוח של הבניה ביישובי איו"ש (מחמת טעמים ביטחוניים, כך נמסר לי); וכן אף לאחרונה התבקש חיל אויר לבצע צילומי אויר אך אלה מתבצעים בצילום שחור / לבן ואין לרת"ח תשתית אמצעי פענוח. מכאן שעד היום אין בידיו נתונים מלאים על הבניה הישראלית בשטחים;

ד. נושא הבניה הבלתי חוקית באיו"ש אינו מטופל על ידו אלא על ידי יחידת הפיקוח, וככל הידוע לו נתונים בנושא הועברו דרך שיגרה למתאם הפעולות בשטחים.

אכן, בתקופת ארבע השנים האחרונות פסקו צילומי האוויר שנעשו בעבר לצורך מעקב אחר הבניה באיו"ש. נמסר לי על ידי משרד הביטחון כי הדבר נבע מחמת המצב הביטחוני בשטח וסיכונים שנבעו עקב כך. ודאי שהיה בהפסקת טיסות הצילום כדי לגרוע מאפשרויות המידע בדבר בניה בלתי חוקית של ישראלים באיו"ש, בעיקר לצורכי קבלת מידע שוטף ועדכני. אך עדיין לא אוכל לקבל טיעון זה כמסביר כשלעצמו את הפער בין הנתונים, שכן המידע שבידי, המפורט בפניך להלן, נאסף מתוך תצלומי האוויר שנמסרו לי על ידי המנהל האזרחי עצמו.

הטענה בדבר אי פיקוח בתוך מרחב התכנון של ישובים קיימים – עובדה נכונה לעצמה, אליה אתייחס בהמשך- גם בה אין כדי להסביר את אי הדיווח על המאחזים הבלתי מורשים. רוב רובם של המאחזים אינם מצויים בתוך מרחב התכנון של ישובים קיימים; מה גם שמרחב התכנון הנטען אינו "מרחב תכנון" באמת שכן לחלק מהישובים עליהם לא פיקחו אנשי יחידת הפיקוח כלל אין תוכנית מפורטת כדין. מעבר

לכל אלה נראה לי כי יחידת הפיקוח החילה על עצמה מגבלות פיקוח הרבה מעבר למה שאושר לה. אתייחס לנושא זה במסגרת ההתייחסות ליחידת הפיקוח בפרק העוסק במינהל האזרחי.

נראה לי אם כן, כי הסיבות שפורטו הן חלקיות, ואף אם יש בהן כדי להסביר במקצת – עדיין **אין בהן כדי לתת תמונה מלאה מדוע לא נמסר לשר הביטחון מלוא המידע בדבר מאחזים בלתי מורשים.** מכל מקום, טוב היה לו נמסר בזמנו למשרד הביטחון – לסגן השר בוים ולמר שפיגל בשלב מאוחר יותר, שהמידע שנמסר **איננו כולל** את הנעשה בתוך מרחב התכנון של המועצות האזוריות והמקומיות משום שבמקומות אלה המנהל האזרחי אינו מפקח עוד. הודעה כאמור הייתה בבחינת הסרת מכשול בפני עיוור. הודעה כאמור הייתה מעמידה את גורמי משרד הביטחון על כך שהמידע שנמסר להם אינו מציג בהכרח תמונה מלאה של המאחזים הבלתי מורשים באיו"ש.

מובן כי התוצאה מאי מסירת מלוא האינפורמציה היא מצערת ביותר.

כתוצאה מהשתלשלות עניינים זו הציג שר הביטחון בכנסת את הנתונים שהיו בידו, (שהם נתונים חלקיים כידוע לי עתה), **בלי ששר הביטחון היה מודע לכך שהנתונים שבידו הם חלקיים.**

אין כל ספק כי הנתונים החלקיים שהוצגו בפני גורמים מדיניים, ישראלים וודאי זרים (כמו הממשל האמריקאי) היו עלולים לגרום לנזק תדמיתי ומדיני, וזאת על אף שנציגי המדינה – שר הביטחון ועוזריו, שמסרו את המידע, פעלו בתום לב, בסוברם שהם מגלים את מלוא המידע הרלוונטי שבידי המדינה.

5.5 רשימת המאחזים, נתונים על פינויים, וסיווגם לקטגוריות

רשימת המאחזים מפורטת בחוברת א' הרצ"ב. בנוסף מצורפות חוברות, המסומנות כ"חוברות ב (1 – 3)" המציגות תצ"א ביחס לכל מאחז, עליה מסומן סוג הקרקע עליה ממוקם המאחז; תוכניות בנות תוקף אם חלות בישוב סמוך, ותוכניות בשלב תכנון שלא נכנסו לתוקף; תחום

שיפוט, והגורם לו הוקצתה הקרקע. בחוברת א' מפורטים נתונים ביחס לכל מאחז ככל הידוע לי. בפרק זה מפורטים נתונים לגבי **כלל** המאחזים.

האינפורמציה המצויה בפרוט העובדות הרלוונטיות לכל מאחז נמסרה לי על ידי המינהל האזרחי.

הערה: בחוברות ב (3-1) מפורטים נתונים ביחס לכל מאחז לגביו מתייחסת התצ"א. נתונים אלה הוכנו על ידי המנהל האזרחי. לגבי חלק לא קטן של המאחזים נרשם שיש החלטת ממשלה. ברצוני להעיר כי הערה זו מתייחסת ליישוב הותיק או היישוב הסמוך למאחז, ולא למאחז עצמו, וזאת בהנחה, השגויה לטעמי, כי החלטת הממשלה המתיחסת להקמת הישוב הוותיק כוללת גם את המאחז שהוא בבחינת "הרחבה" או "שכונה" של היישוב הותיק. טענה זו נובעת מפרשנות שגויה להחלטות הממשלה (ראה סעיף 4.2.1.2).

לגבי כל מאחז יפורטו הנתונים הבאים:

שם (ושמות נוספים ידועים); מועד הקמה; ישוב קרוב והמרחק מהבית הקיצוני שלו (המרחק בקו אווירי בלבד. **אין בנתון זה כדי ללמד באמת את מרחק המאחז מיישוב קיים, מבחינה קרקעית**); אישור הממשלה או שר ביטחון להקמת המאחז; אישור הממשלה או ועדת שרים להתיישבות על הקמת היישוב הוותיק הקרוב ביותר למאחז; טיב הזכויות בקרקע; הגוף שהקצה את הקרקע; האם חלה תוכנית מפורטת מאושרת או קיים היתר בניה כדין; האם המאחז מצוי בתחום שיפוט של מועצה מקומית, אזורית, האם מצוי בתחום יישוב ותיק; מספר תושבים; סוג הבניה (קשיחה או קרוונים); הגוף מממן ההקמה (אם ידוע); חיבור חשמל (אם יש); חיבור מים (אם יש);

הישובים יפורטו על ידי בשלוש רשימות

רשימה ראשונה: מונה את הישובים שהוקמו **לפני מרץ 2001**;

רשימה שניה:מונה את המאחזים הבלתי מורשים שהוקמו **לאחר מרץ 2001**.

רשימה שלישית: מאחזים שלא ידוע לי בשלב זה מועד הקמתם.

הערה: לגבי חלק מהמאחזים אין בידי נתונים מלאים, אלא נתונים חלקיים בלבד, בהתאם לנתונים שנמסרו לי על ידי המינהל האזרחי תחום תשתית.

המועד – מרץ 2001– הוא מועד הקמת ממשלתו של ראש הממשלה שרון. מועד זה נקבע כנקודת זמן לגבי ספירת המאחזים הבלתי מורשים שהוקמו ממנו והלאה, וזאת מחמת טעמים מדיניים.

מכל מקום, אין למועד זה משמעות משפטית דווקא.

המאחזים בכל רשימה יסווגו על ידי לקטגוריות, כאשר בנוסף להעדר אישור הממשלה והעדר תוכנית בת תוקף, הם יסווגו לפי טיב הזכויות בקרקע; והיותם בתוך תחום שיפוט של מועצה מקומית או מועצה אזורית, או מחוצה להם. סיווג זה לקטגוריות נעשה רק ביחס למאחזים אודותם קיבלתי אינפורמציה מלאה יותר מהמינהל האזרחי. כאמור – לגבי חלק מהמאחזים לא קיבלתי עד כה את מלוא האינפורמציה הנדרשת.

טרם שאסווג את המאחזים לקטגוריות, אעמוד על נתונים בדבר פינוי המאחזים הבלתי מורשים.

5.5.1 נתונים בדבר פינוי מאחזים

עמדת משרד הביטחון לגבי פינוי מאחזים בלתי מורשים, כפי שהובאה בפני במכתב מאת מזכירו הצבאי של שר הביטחון אלי מיום 24.1.05 בשמו של שר הביטחון היא כי: "המדיניות בעניין זה אשר קיבלה ביטוי בחילופי דברים עם ממשלת ארצות הברית מתייחסת לעת הזו לפינוי מאחזים בלתי מורשים שעלו על הקרקע לאחר מרץ 2001 – מועד מינוי ראש הממשלה הנוכחי לתפקידו".

נעמוד על הנתונים שהומצאו לי כלהלן:

1. לפי נתוני משרד הביטחון פונו עד כה 81. עלי לציין כי חלקם הקטן היה מאוייש. רוב רובם לא היו מאויישים. לפי נתוני משרד הביטחון חלק מהמאחזים הללו חזרו למקומם או למקום סמוך לאחר הפינוי, ושוב חזרו ופונו. 3 מאחזים שחזרו – טרם פונו.

2. עד כה הוצאו 13 צווי תיחום שטח, לפי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (שנכנס לתוקף בדצמבר 2003). הוגשו השגות, מהן נדחו 12. עד כה לא ניתנה תשובת משרד הביטחון להשגה שהוגשה לגבי מעלה רחבעם.

3. מתוך 13 המאחזים שתוחמו כאמור, פונו 7, חלקם בפינוי עצמי. המאחזים שפונו הם: חזון דוד, חוות מעון, טל בנימין, גינות אריה, בת עין מערב – מערב, חוות שקד, ומצפה יצהר.מתוכם חזרו: 2, והם: חוות שקד ומצפה יצהר.

4. לגבי 5 מאחזים הוגשו עתירות לבג"צ. כולן נדחו. לגבי מאחז אחד, נגוהות מערב, הוגשה עתירה חוזרת והיא תלויה ועומדת.

5. המאחזים **הניתנים לפינוי מיידי**, לאחר שהסתיימו ההליכים המשפטיים לגביהם הם **6**: **גבעת הרואה; יצהר דרום; גבעת הדגל; מצפה אסף; מצפה יצהר; חוות שקד.**

6. מאחזים לגביהם הוגשו בקשות לרישוי מכוח תוכנית מנדטורית, הם: חוות עשהאל;גבעת אביגיל; רוג'ום אל חמרי; חוות גלעד; הבית האדום; החווה החקלאית מבוא חורון; יתיר דרום. ועדות הרישוי דנו ודחו את הבקשות הבאות: אש קודש (נ.ג. 827 מגדלים דרום); נגוהות מערב (מצפה לכיש גבעת הבוסטר); חווה חקלאית מבוא חורון; חוות גלעד; רוג'ום אל חמרי (סוסיא צפון); נ.ג. 805 (מתחם הבית האדום, שבות רחל מזרח, קידה). מאחזים אלה ניתנים אף הם לכאורה לתיחום לפי צו בדבר מבנים בלתי ורשים. אם יוגשו ערעורים על החלטות ועדת הרישוי יהיה צורך לדון בהם קודם לכן.

7. לגבי מספר מאחזים הוגשו בקשות לאישור תוכנית מפורטת. ההכרעה בשאלה זו תלויה בעמדת שר הביטחון שטרם ניתנה. לפיכך, כל עוד לא החליט – עמדת מערכת הביטחון היא שלא ניתן להוציא נגדם צו תיחום. המאחזים הם: גבעת סלעית; המאהל של ארנה; נופי נחמיה.

8. מאחזים שלפי עמדת משרד הביטחון הם "בשלים" לתיחום: מגרון; נווה דניאל צפון. יש צורך בהכרעת ראש הממשלה ושר הביטחון לעניין הוצאת צווי תיחום נגדם.

5.6 סיכום רשימות המאחזים

5.6.1 רשימת המאחזים שהוקמו לפני מרץ 2001:

מאחזים שהוקמו על אדמות מדינה: 16

פני קדם; חוות טליה; איבי נחל; חוות מור; צופית מכינה קדם צבאית; מצפה חגית; ברכה א' (ברכה מערב); אלוני שילה – נוף קנה; אל מתן; דיר רבן – ההר; מוסד חינוכי טל מנשה; מאחז צבי – מבוא דותן מערב; מבוא יריחו; נגוהות; מצפה אחיה – שבות רחל ד'; ברוכין – עלי זהב מזרח;

מאחזים על אדמות סקר: 3

חרשה; גבעה מזרחית יצהר – להבת יצהר; פלגי מים – ח'רבת שונה;

מאחזים על קרקעות פרטיות של פלסטינים: 7

חוות דווידי; עמונה; עטרת צפון; פסגת יעקוב – ג'בל ארטיס, נ.ג. 901; גבעת העי; תל חיים א' (בית אל); מעלה אורן;

מאחזים על קרקעות שנטען שנרכשו מפלסטינים והליכי הרישום כמעט הסתיימו: 3

חלקת הפטיש צפונית לחרסינה – הימנותא

חוות גלעד – טרם נרשם

חרותי – נבי סמואל (רשום ע"ש עו"ד חרותי)

מאחזים שהוקמו על קרקעות שהן משולבות – מדינה + סקר+ פלסטיני פרטי: 33

רמת צורף בת עין; חורש ירון; הנקודה (הרב רונסקי); גבעת הטיס; גבעת עולם; נ.ג. 836 ח'רבת ע'נאם; נ.ג. 782; מגן דן; מצפה יאיר חוות מגן דוד; עדי עד- שבות רחל ו'; מעלה שלמה ; רחלים; החווה של סקאלי; אש קודש; נ.ג. 777; עין פרת; תל טואני נ.ג. 833; נתיב האבות ג'בל חבון; גבעת הראל נ.ג. 740 ; זית רענן; גבעת החי"ש; צור שלם – גיליס; נוף הרים; היובל עלי ט'; נ.ג. 468 נופי פרת; ברכה ב' נ.ג. 736 ברכה דרום (החווה של ערוסי); הר חמד; נ.ג. 592 + 660 תפוח מערב; נוה ארז דרום; מצפה דני; תקוע ד'; חוות יאיר נופים דרום; אחוזת שלהבת;

<u>סה"כ מאחזים ברשימה שלפני מרץ 2001</u>, שידועים לי נתוניהם הקרקעיים: 61 מאחזים

<u>מספר נפשות</u>: אין אומדן מדויק. לפי נתוני יוני 2004 נספרו כ – 753 משפחות. למספר זה יש להוסיף רווקים במספר לא ידוע (מספר עשרות לפחות) ותלמידי מוסדות, וכן אנשי צוות באותם מוסדות.

<u>מאחזים נוספים</u>: יש להוסיף מספר מאחזים נוספים, שאין בידי נתונים מלאים בדבר טיב הזכויות בקרקע עליה הוקמו, וחסרים נתונים רבים אחרים. לפי נתוני המינהל האזרחי שנמסרו לי, הם הוקמו לפני מרץ 2001, במהלך שנות התשעים. ואלה המאחזים:

נריה (ליד טלמון)– מזרחית לטלמון ב', מקבץ של 120 קרוונים

מתחם גבעת הבריכה (ליד טלמון) – 30 מבנים

מתחם קרוונים בין טלמון א' למתחם הבריכה- 30 קרוונים

מעלה אפרים – מכינה קדם צבאית

מצפה יריחו – צפון מזרח – 19 קרוונים

עלי, צפון מזרח – 50 מבני קבע

נ.ג. 715 עלי – מקבץ של 3 קרוונים

עלי מערב – בנית קבע (20 בתים) והכשרות בניה

עלי צפון – הכשרות בניה

עותניאל מזרח- 9 מבני קבע ו – 20 קרוונים

סה"כ: 10 מאחזים.

סה"כ מאחזים שהוקמו לפני מרץ 2001 , לפי <u>הידוע לי עתה</u>: 71

5.6.2 מאחזים שהוקמו אחרי מרץ 2001:

מאחזים הממוקמים על אדמות מדינה: 7

סלעית; יתיר דרום מערב; מדרשת נביעה; מעלה רחבעם; מצפה לכיש – נגוהות מערב; נופי נחמיה-רחלים מערב; עשהאל –יתיר צפון;

מאחזים הממוקמים על אדמות סקר: 4

רוג'ום אל חמרי; יצהר דרום – הכיפה הסרוגה; מצפה חננאל- נוה דניאל צפון; חווה חקלאית מבוא חורון;

מאחזים על קרקעות שנרכשו: 2

חוות גלעד; עופרה מזרח

מאחזים שהוקמו על קרקעות פרטיות פלסטיניות, וכן מאחזים שהוקמו על קרקעות מסוגים שונים (פלסטיני פרטי + מדינה; או פלסטיני פרטי + סקר):9

מגרון; מצפה אסף; עופרה מזרח – דרך על קרקע פרטית; עופרה דרום מזרח; גבעת אביגיל (חלק מדינה וחלק פרטי); גבעת הדגל (פרטי + מדינה); גבעת הרואה (פרטי +סקר); הבית האדום+נ.ג. 805 (מדינה + פרטי); אחוזת שלהבת.

סה"כ מאחזים <u>שנתוניהם הקרקעיים ידועים לי</u>, שקמו אחרי מרץ 2001 והם לא פונו או פונו וחזרו: 22

(הערה: אציין כי מקום שסווג בעבר כמאחז בשם שדה כלב, איננו מסווג כך עוד שכן ועדה לרישוי התירה להציב במקום שתי מכולות כמחסן חקלאי).

מספר נפשות מוערך: למעלה מ- 600 נפשות. <u>המספר אינו מדוייק</u> שכן ישנם מאחזים שאין לי נתונים כמה אנשים מתגוררים בהם, על אף שידוע שהמאחז מאוכלס. כמו כן המספר לעיל כולל משפחות, קרי, כולל גם ילדים, וגם רווקים.

<u>מאחזים נוספים</u>: בנוסף למאחזים הנ"ל, ישנם עוד מספר מאחזים שהוקמו ככל הנראה לאחר מרץ 2001, והם:

אהבת חיים (ליד כוכב השחר)- 30 קרוונים, הוקם בשנת 2002

מזרח לכוכב השחר- שכונת כרמים (מקבץ קרוונים) – הוקם בשנת 2001

סה"כ מאחזים הידועים לי עתה שהוקמו ממרץ 2001: 24

5.6.3 מאחזים שהוקמו במועד שאינו ידוע לי

1. "מתחם בית הספר" – מזרח לטלמון א'
2. עלי דרום
3. פסגות דרום מזרח
4. צפון קדומים
5. שבות רחל
6. דרום תקוע
7. צפון מזרח לטנא עומרים
8. נילי צפון מערב –אנטנה סלולארית
9. גבעת הבנים (ליד גבעון החדשה)
10. גבעת זימה, ליד גבעון החדשה

סה"כ מאחזים שנמנו על ידי עד כה: 105.

נתונים קרקעיים על מאחזים שנמנו בעיקר ברשימת המאחזים הראשונה והשניה, (הנתונים להלן יתייחסו ל- 87 מאחזים):

סה"כ ממוקמים מאחזים על אדמות מדינה: כ- 26

סה"כ ממוקמים על קרקעות פרטיות של פלסטינים: 15

סה"כ ממוקמים על קרקעות שהן: מדינה + סקר + פרטיות פלסטיניות: כ - 39

סה"כ ממוקמים על אדמות סקר: 7

לגבי רוב המאחזים שברשימת המאחזים שלא ידוע לי מועד הקמתם, אין בידי נתונים ברורים בדבר טיב הזכויות בקרקע, ולכן הם אינם כלולים בנתונים הקרקעיים הנ"ל.

כפי שכבר ביארתי, מאחז המצוי בחלקו לפחות על קרקעות פרטיות של פלסטינים לא ניתן להכשירו, גם לא בדיעבד. מכלול הנתונים עליו הצבעתי מלמד כי **54 מאחזים** מהמנויים לעיל, או חלק מכל אחד מהם, אינם ברי תיקון, גם אילו היתה אפשרות מדינית להכשירם.

עוד אוסיף כי ידוע לי **שישנם מאחזים נוספים הממוקמים על קרקעות שאינן קרקעות מדינה,** אך כאמור פירוט מדויק בעניין אין לי בשלב זה.

עד כאן מניין המאחזים. עתה בדעתי לסקור, בעיקר בדרך של דוגמאות, דרכים שונות שהתבררו לי כדרכי הקמת מאחזים בלתי מורשים.

5.7 דרכי הקמת המאחזים

המאחזים הוקמו בדרכים שונות. לא ניתן לתאר כאן את אופן הקמת כל מאחז ומאחז. עם זאת ניתן לתאר מספר דרכים להקמת המאחזים, כאשר תיאור זה מתבסס על המידע שקיבלתי מגורמים שונים. חלק מהצגת הנושא תיעשה כאמור על ידי הצגת דוגמאות.

5.7.1 הקמת מאחז בטענות שווא בדבר הצבת אנטנה סלולרית

<u>מגרון</u>

המידע שלהלן נמסר לי על ידי מי שכיהן אותו זמן כמח"ט בנימין.

מגרון הוקמה כמה ימים לפני מבצע חומת מגן, מאפריל 2002.
תחילה, הוגשה בקשה להקים אנטנה סלולרית בראש גבעה. התקופה היתה תקופת פיגועים רצחניים וחמורים ברחבי המדינה. צה"ל לא יכול היה לסרב לבקשה שתשפר את הקשר עם המקום, במיוחד לצורך יצירת קשר דחוף עם נפגעים, וכל זאת על אף שהקרקע עליה באה הבקשה היתה קרקע פלסטינית פרטית.
האישור להצבת אנטנה סלולרית ניתן על ידי המח"ט.

לדבריו, בדיעבד התברר לו כי היה מדובר תחילה באנטנה דמה: "הקימו שם עמוד עם תחפושת" אמר לי. אותו זמן לא ידעו זאת החיילים במקום. לאחר מכן באה בקשה לגדר את האנטנה כדי למנוע חבלה בה. המח"ט אישר זאת. לאחר מכן באה בקשה לחבר את האנטנה לקו חשמל. המינהל האזרחי אישר וגם חב' חשמל אישרה.

מברור שערכתי בחברת חשמל מחוז ירושלים עלה כי אכן הוגשה בקשה בידי חברת טלפון סלולרי להקמת אנטנה על גבעה (שהפכה בדיעבד למאחז מגרון). מיקום האנטנה לא היה בקרבת קו חשמל והדבר חייב לבנות קטע של קו רשת לאתר. חברת חשמל ביקשה מקמ"ט חשמל במינהל האזרחי תוכנית לאנטנה ואכן התקבלה תוכנית. הקמ"ט אישר את החיבור וחב' חשמל בנתה את הקו לאנטנה וחיברה אותה.

לאחר החיבור, באה בקשה נוספת לחב' חשמל מאת מועצה אזורית בנימין – הוזמנה נקודת חיבור "חלב" (חיבור מרכזי של חברת חשמל שממנו הלקוח בונה לעצמו רשת חשמל פנימית. כלומר מנקודה כזאת, החיבור לכל בית יכול להיעשות ללא אישור מיוחד של חב' חשמל). הבקשה הוסברה בצורך לחבר את ביקתת השומר לרשת החשמל. לדברי מנהל חב' חשמל ירושלים הם לא חשדו אותו זמן ש"עובדים" עליהם, ואכן חיברו את הנקודה הנוספת שהתבקשה. לדברי אחד מבעלי התפקידים בחברה, בראיה לאחור, אמר "אני מרגיש שעבדו עלינו".

לאחר גידור האנטנה בגדר, בנו סביב האנטנה בנין קטן, בטענה שהמבנה חיוני לספקים של האנטנה. לאחר מכן נפרץ ציר גישה לאנטנה. לדברי המח"ט הוא לא היה ער לפריצת הציר. הציר נפרץ בתוואי שלא רואים אותו מהכביש.

המח"ט סיפר כי לילה אחד קיבל הודעה בקשר, לפיה הוצבו 5 קרוונים על הקרקע בסמוך לאנטנה. המח"ט הגיע לשטח ומצא כמה משאיות בסמוך לאתר. לדבריו המתיישבים חסמו אותו. הגיע למקום ראש המועצה. היו שם ויכוחים ועימותים מילוליים. אפילו קללות הורעפו על ראש המח"ט. המח"ט התקשר למינהל האזרחי בשאלה מה לעשות. נאמר לו שאין להם אישור להציב את הקרוונים אבל גם אין אישור להורידם מהשטח. המח"ט דיווח לפיקוד.

התוצאה בשטח היתה שהונחו במקום קרוונים וכך החל אכלוס מאחז מגרון.

עוד מסר כי: "החרמנו 5 קרוונים שהגיעו לשם. היו שם כמעט מכות. הם סגרו פקח ולא נתנו לו לצאת מהישוב".

מהממצאים שנאספו על ידי עולה כי המימון להקמת התשתיות למאחז מגרון נעשה באופן מלא או בקרוב לכך, על ידי **משרד השיכון** (למעלה מ- 4 מליון שקל) שמימן את הכשרת הקרקע, כל חיבורי התשתיות כמו מים, חשמל, ביוב, פריצת הדרכים, הכול תוך התעלמות מן העובדה כי המאחז ממוקם על קרקעות פרטיות פלסטיניות; למקום אין תכנית מפורטת כדין; לא ניתן אישור ממשלת ישראל, האמורה להחליט על הקמת כל יישוב חדש.

אשר לרכישת הקרוונים למאחז: אינני יכולה להצביע באופן מדויק על זהות מממן הקרוונים. עם זאת ידוע לי שחלק מהקרוונים באיו"ש ממומן בכספי המדינה. משרד הבינוי והשיכון הוא בעלים של קרוונים המצויים באיו"ש, בחלקם בניהול עמידר. יתכן שהקרוונים שהוצבו במגרון נרכשו אף הם בידי משרד השיכון.

ככל הידוע לי למתנחלים טענה על רכישת קרקעות מהפלסטינים בעלי הקרקע בחלק מהקרקעות עליהן ממוקם המאחז מגרון. על כך אמר לי ראש המנהל האזרחי כי:

"אין אצלנו שום רישום...אין אפילו בקשה לרישום ראשון"

בעניין זה יש להבהיר כי זכויות במקרקעין יש לרשום. הרישום הוא הקובע את טיב הזכות. משאין רישום – אין זכות, אלא רק טענה לזכות, טענה שלא נבדקה כלל במקרה זה.

יש לציין כי הקמת מאחז שהחלה באנטנה דמה שהוצבה במקום, אינה מקרה ייחודי למגרון. למשל מאחז **פני חבר** (בו נהרגו לימים שני שומרים שהוצבו בו, מחמת טעות טרגית של צה"ל) – גם הוא התחיל מהצבת אנטנת דמה ובראשה פרוג'קטור; אחר כך באה הצבת קרוונים בשטח; מיכל סולר; כאשר הצבת כל אלה בשטח שהיה בגדר אדמות סקר ולא הוכרז כאדמת מדינה לא איפשר הקמת יישוב על הקרקע; בקשה שהוגשה להקים במקום חווה ביוספרית – נענתה בשלילה נוכח מעמדה של הקרקע כאדמות סקר. מובן כי כל הבקשות (שסורבו במקרה זה) – באו בדיעבד לאחר הצבת האנטנה והקרוונים. (לניצול תוכנית מנדטורית לעקיפת הצורך בקבלת אשורים מתאימים להקמת יישוב – ראה בהמשך)

<u>מצפה אסף</u>

הוקם לפני כ – 4 שנים, לאחר רציחתו של אסף הרשקוביץ' ז"ל. תחילה הוקם במקום אוהל מחאה. המתנחלים ביקשו להגיע להסכמה עם הצבא לפיה הוא לא יטפל בפינויים - ולאחר 30 ימי האבל יפנו המתנחלים את המקום בעצמם. ככל שנמסר לי הועברה התחייבות כאמור לצה"ל, אך לא כובדה על ידי המתנחלים שנותרו במקום.

המאחז מצפה אסף ממוקם על קרקעות פרטיות פלסטיניות. ישנן טענות על רכישת קרקעות במקום. התברר כי לפחות לגבי חלק מטענות הרכישה שהועברו למנהל האזרחי – עולה חשד כבד להצגת מסמכים

כוזבים בדבר זכויות בקרקע כנטען, וכן עולה חשד בדבר מעורבות בעבירות פליליות אחרות. הנושא הועבר לחקירת המשטרה.

נגד מצפה אסף הוצא צו תיחום. הוגשה עתירה לבג"צ ונדחתה. למרות שצו התיחום עמד בביקורת בג"צ – לא פונה המאחז עד היום.

5.7.2 הקמת מאחזים בתואנת חוות חקלאיות או חוות איקלום

אחת הדרכים לעקיפת הצורך באישור הדרג המדיני היא קבלת היתר בניה לפי תוכניות מנדטוריות החלות באזורים מסוימים באיו"ש.

כאמור בפרק העוסק בהיבטים השונים הנדרשים להקמת יישוב כדין בשטחי איו"ש, התייחסתי לפן התכנוני, שהוא בעיקרו תכנון תוכנית מפורטת על פיה ניתן לקבל היתרי בניה. תוכניות אלה נעשות מכוח החקיקה הצבאית באזור. ואולם ישנם אזורים כפריים מסוימים באיו"ש בהם חלות תוכניות מנדטוריות. כדי לקבל היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית, כל שעל המבקש לעשות הוא לבקש היתר מועדת משנה לרישוי או ועדת המשנה לתכנון מקומי.

מכאן שכל ההגבלות הנדרשות לפי החקיקה הצבאית לגבי אישור תכנית מפורטת כנובע מהצורך באישור הדרג המדיני, – **אינן חלות כאשר מדובר בתוכנית מנדטורית**. **התוצאה היא שהיתרי בניה לפי תוכנית מנדטורית ניתנים ללא אישורו וידיעתו של הדרג המדיני.**

פתח זה מנוצל אף הוא לצורך הקמת מאחזים. היתר הבניה ניתן למחסן או מבנה מגורים אחד, שהופך כעבור זמן לא ארוך - ליישוב חדש. הקמת מבנה ברישיון, מאפשרת דרישה לחיבור לתשתיות. אם מבנה מחובר לרשת החשמל והמים – יכול החיבור לשמש גם מבנים נוספים. בין אם נעשה חיבור כאמור במקרה מסוים ובין אם לאו, הניסיון מלמד כי מקום שניתן לקבל היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית, עבור בית מגורים אחד – הופך בסופו של דבר למאחז בלתי מורשה אליו מתקבצים קרוונים ומוקם יישוב.

הדוגמא שלהלן ממחישה את ניצול היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית להקמת ישוב חדש.

מאחז ליד ייט"ב - חוות איקלום

האינפורמציה שלהלן נמסרה לי על ידי ראש תחום תשתית במינהל האזרחי.

בסמוך ליישוב ייט"ב, מצוי כיום מאחז, שהחל כחווה חקלאית. מנתוני המינהל האזרחי עולה כי החווה החקלאית האמורה מצויה בתוך תחום שיפוט היישוב ייט"ב; נמסר לי על ידי רת"ח

תשתית כי קיים חוזה הקצאה ישן להסתדרות הציונית; לצורך הקמת חוה חקלאית – טען בפני רת"ח תשתית, אין צורך בהיתר בניה (כשלעצמי אינני סבורה כך). לדבריו – כשבאה הבקשה להקים חוות איקלום, הוא ביקש וקיבל מהיישוב ייט"ב התחייבות כי המבוקש הוא לצורך חוה חקלאית ולא למטרת יישוב;
ואז הובא למקום קרוון אחד, בטענה כי יש גניבות מהעיבודים החקלאיים וצריך לשמור עליהם, הקרוון היה מיועד כביכול לשומרים. לאחר מכן, לאור תלונות על גניבות מהמקום – אושר להם לגדר את המקום. אחר כך הופיעו הקרוונים ואף משפחות המאכלסות אותם יש מאין, והנה התברר בפברואר 1999 שלפנינו למעשה מאחז.

בית היערן, יתיר צפון

האינפורמציה שלהלן נמסרה לי על ידי ראש תחום תשתית במינהל האזרחי.

תחילה באה בקשה מטעם קק"ל לייער שטחי קרקע שהוכרזו כאדמות מדינה, הכול במטרה לשמור על אותן קרקעות כדי שלא ייתפסו בידי פלסטינים. שטחי הייעור אושרו בידי המינהל האזרחי. המועצה האזורית ביקשה מועדת התכנון להוציא היתר בניה לצורך הקמת בית יערן, כדי לשמור על היער. הועדה נענתה בחיוב, לפי תוכנית מנדטורית החלה בשטח. לאחר הקמת בית היערן – הופיעו במקום קרוון ועוד קרוון. מנתוני יוני 2004 מצויים בשטח 7 קרוונים, 7 משפחות (כעשרים נפשות).

<u>הערה</u>

לאחרונה חל שינוי מסוים. ידוע לי כי ועדת משנה לתכנון מקומי סירבה לאחרונה להוציא היתר בניה למבנה מסוים מתוך כמה מבנים שהוקמו ללא היתר, כאשר התברר שהוקם במקום מאחז בלתי מורשה, ולמעשה ההיתר מבוקש כדי לעקוף את הצורך באישור להקמת יישוב חוקי. המאחזים לגביהם הוחלט כאמור הם: אש קודש; נגוהות מערב; חוות גלעד; רוג'ום אל חמרי; נ.ג. 805 (מתחם הבית האדום, שבות רחל קידה).

דרך אחרת להקמת מאחזים הינה בתואנת הקמת מוסד חינוכי.

5.7.3 הקמת מאחזים בתואנת מוסד חינוכי

ראש תחום תשתית במינהל האזרחי טען בפני כי ניתן להקים מוסד חינוכי שלא בתחום שיפוט של יישוב מסוים, זאת משום שאין חובה להקימו בתוך תחום שיפוט המיועד למגורים. כפי הנראה הדבר נובע מפרשנות לפיה מוגדר שטח בתוך תחום שיפוט כמיועד למגורים. תחום זה מיועד להקמת יישוב. אולם "מוסד חינוכי" ניתן שלא להכליל כמיועד למגורים לפי הפרשנות הנטענת, ובכך ניתן להסכים להקימו מחוץ לתחום השיפוט של יישוב.

מכאן, שמוסד חינוכי יכול לקום באתר שאיננו בתחום שיפוט של רשות מקומית. אם מקימי מוסד חינוכי היו מבקשים אישור להקמת יישוב, הרי שאישור כאמור לא היו מקבלים. הקמת מוסד חינוכי נתקלת, כך נראה בהתייחסות אחרת. עם זאת, הממונה על התכנון במינהל האזרחי מסר לי כי לאור ניסיון העבר, כאשר מוסד חינוכי הפך למעשה ליישוב חדש, החליטה מת"ע שלא לאשר עוד תוכניות להקמת מוסד חינוכי אם אינו צמוד דופן ליישוב קיים.
אך מתברר כי בפועל ישנם מוסדות חינוכיים שהפכו למאחזים בלתי מורשים.

דוגמא להקמת מאחז בתואנת מוסד חינוכי: "הבית האדום"

<u>הבית האדום</u>

הבית האדום הוא כינוי לבית אבן של משפחה פלסטינית, שנטשה את ביתה. בסמוך לו קם **מאחז עדי עד**. לדברי רת"ח תשתית יש במקום מוסד לגמילה, המתוקצב על ידי משרד הרווחה. בסמוך למוסד הוקמה שכונה. ברובה מאוכלסת על ידי משפחות הסגל של המוסד. בעבר, המנהל האזרחי ראה בהם פולשים, ונקט בנוהל פלישה טרייה. התושבים עתרו לבג"צ. אנשי המוסד הציגו חוזה בר רשות על הקרקע

מהחטיבה להתיישבות. נוכח זאת הועלה ספק אם מדובר בפלישה טרייה, והוסכם להימנע מפינוי **בעילה זו**. העתירה נמחקה בהסכמה. לאור זאת החליט המינהל האזרחי לפעול בנוהל בב"ח. הוצאו צווי הריסה למאחז. עד כה לא בוצע אף צו.

<u>אובנת</u>

החלה כהיאחזות נח"ל, בשלב כלשהו החליט שר הביטחון, כנראה ב –1996, להקים במקום מוסד חינוכי, וזאת לאחר שצה"ל עזב את המקום. (כל זמן שמקום נתפס בצו לצרכים צבאיים, הרי שצה"ל פטור מנקיטה בהליכי תכנון בתחום הצו). מכל מקום, לאחר שהוקם המוסד החינוכי התברר שיש לצרף אותו לתחום שיפוט של יישוב קיים, וכך נעשה; לאחר מכן התברר כי אנשי הסגל של המוסד מבקשים להקים להם שם בתים. וכך יש בשטח מאחז. אין למאחז סטאטוס תכנוני חוקי.

5.7.4 טענת "הרחבת" יישובים – הקמת יישובים חדשים הלכה למעשה

המעיין במפות ותצ"אות של שטחי איו"ש יבחין מיד כי קיימים מקבצי בתים של בניה קשיחה, או מקבצי קרוונים, וכל אלה בקרבה ליישובים ישראלים באיו"ש. חלק מהם צמודי דופן ליישוב ותיק, וחלק מהם מרוחקים מכל ישוב מרחק ניכר.

לגבי השכונות שהן בצמידות דופן ליישוב האם, מתברר כי חלק מהן הוקמו בתוך תחום היישוב; חלק הוקמו מחוץ לתחום היישוב; לעיתים, גם אם חלה במקום תוכנית בת תוקף – מתברר כי השכונות הוקמו בחלקן שלא בהתאם לתוכנית. למשל – הקמת שכונה על שטח המיועד בתוכנית לחקלאות. לעיתים, הוקמו שכונות צמודות דופן קרוב ליישוב האם, אך על קרקעות שמחוץ לתחום ההקצאה ליישוב. לעיתים הוקמו אותן שכונות על קרקע פרטית של פלסטינים. רוב השכונות הללו הוקמו ללא אישור של הדרג המדיני, ללא תוכנית מפורטת כדין, על קרקעות מסוגים שונים, כאמור, חלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים.

אך לא כל אותן שכונות והרחבות הוקמו בצמידות דופן ליישוב קיים. ישנן נקודות יישוב שהוקמו הרחק מיישוב האם, אך בתחום השיפוט של אותו יישוב.

כבר הצגתי לפניך עמדתי לפיה "שכונות" ו"הרחבות" אלה, שאינן צמודות דופן ליישוב קיים, אינן אלא **יישוב חדש**, במיוחד באזורים הכפריים באיו"ש.

הצגת מקבצי הבתים והקרוונים הללו כ"שכונה" של יישוב האם, או "הרחבה" שלו, **נעשית בהתחכמות** כדי לעקוף את הצורך בקבלת החלטת ממשלה על הקמת ישוב חדש – החלטה שלא התקבלה.

אגב, **יש לזכור כי עד מרץ 1999, כל הרחבה שאינה ברצף טריטוריאלי עם ישוב קיים– נזקקה להחלטת הממשלה כולה, וחלק מאותן הרחבות בוצע עוד לפני שנת 1999.**

מכל מקום, לפי החלטת 1999 יש צורך בהסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון לכל הרחבה של ישוב קיים. וכן – הצורך באישור שר הביטחון בשלבי התכנון מחייב אישור דרג מדיני בסיום ההליך התכנוני. משאין תוכנית מפורטת כדין – אין גם אישור דרג מדיני, גם אם היה אישור כזה באחד השלבים הקודמים.

הקמת יישובים חדשים בתחפושת של "הרחבות" ו"שכונות" ליישובים קיימים, הפכה לשיטה, וזכתה לשיתוף פעולה חוצה מערכות, כפי שאפרט עוד בפניך. רשויות מדינה שונות עשו יד אחת, לעקוף את הצורך באשור הדרג המדיני להקמת יישובים חדשים.

כך נקראו היישובים החדשים הללו בשמות מטעים, כביכול הם בגדר שכונה של יישוב ותיק. לדוגמא:

אש קודש נ.ג. 827 – מגדלים דרום:

נמצא מחוץ לתחום היישוב מגדלים ורחוק ממנו בקו אווירי 2.5 ק"מ. עדיין נקרא שמו מגדלים דרום;

נוף הרים – עלי ט':

נמצא בתוך תחום השיפוט של הישוב עלי, במרחק 900 מטר מבתיו הקיצוניים בקו אווירי;

היובל – עלי ט':

בתחום השיפוט של עלי, במרחק 1.5 ק"מ ממנו בקו אווירי;

פלגי מים – ח'רבת שונה- עלי י':

מחוץ לתחום השיפוט של הישוב עלי, במרחק של כ- 1 ק"מ ממנו בקו אווירי.

יש עוד דוגמאות לכך ולא אוכל למנות כאן את כולן.

משרד הבינוי והשיכון והחטיבה להתיישבות התעלמו מהעדר החלטה של הדרג המדיני הנדרש – החלטת ממשלה, או למצער – הסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון; כך גם עוזר שר הביטחון להתיישבות התעלם מהעובדה שמאחזים אלה לא אושרו על ידי הדרג המדיני; וכזכור טרם הגעתי לברור אצל כל הרשויות הרלוונטיות.

אולם לא רק בהעדר החלטת הדרג המדיני על הקמת אותן "שכונות" ו"הרחבות" מדובר, אלא **בבניה ללא תוכנית מפורטת כדין קרי, בניה באופן בלתי חוקי לחלוטין.**

רשויות אחרות של המדינה, כמו מקורות וחב' חשמל, הוטעו לא פעם, והניחו שאכן מדובר בשכונה שהוקמה כחוק שיש לחברה לרשת החשמל והמים, כאשר הרשויות הרלוונטיות של המינהל האזרחי, וכמוהן גם עוזר שר הביטחון להתיישבות אישרו להן כי כך הוא, והיו מקרים שאישר כך גם מנכ"ל משרד ראש הממשלה לשעבר.

הצגת היישובים החדשים כ"שכונות" של יישוב קיים, מאפשרות למועצות האזוריות והמקומיות לזכות בתקציבי משרד הפנים לרשויות המקומיות לגבי אוכלוסיית אותן "שכונות", שכן חלק מנוסחת תשלום הקצבות משרד הפנים לרשות מקומית הוא מספר התושבים של אותה רשות. אם היו אותן "שכונות" נחשבות על ידי משרד הפנים כיישוב חדש- הרי תיקצובן היה מתאפשר רק אם היה מוענק להן סמל יישוב, הנדרש כתנאי לקבלת תקציבי משרד הפנים לרשויות המקומיות. יש לציין כי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הקובעת בשיתוף משרד הפנים מי זכאי לסמל ישוב, קבעה כי אחד התנאים להגדרת "יישוב" הוא מי: "שמוסדות התכנון אישרו את הקמתו"

(הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, רשימת הישובים אוכלוסייתם וסמליהם 31.12.02, מבוא, הגדרות והסברים, סעיף 1)

עולה כי יישוב שמוסדות התכנון לא אישרו את הקמתו – אינו יכול לזכות בסמל ישוב, ולכן אינו כלול בהקצבות משרד הפנים לרשויות המקומיות. מאחר שהסטאטוס התכנוני של אותן "שכונות" אינו מוסדר, לא ניתן לכללן בגדר ישוב הזכאי לסמל ישוב.

אך הכללת אותן שכונות כחלק מהישוב המוכר על ידי משרד הפנים, מאפשרת כאמור, הכללת אוכלוסייתן לצורך נוסחת החישוב לקבלת תקציב משרד הפנים לרשויות המקומיות.

<u>סיכום דרך הקמת המאחזים</u>

כעולה מהדוגמאות שציינתי לעיל, נראה כי השיטה להקמת המאחזים הינה בעיקרה בדרך של עקיפת נהלים והפרת חוק, הצגת מצג שווא כלפי חלק מרשויות המדינה, תוך שיתוף בהפרת חוק בוטה של רשויות אחרות.

כך השיגו מתנחלים חיבור לרשת החשמל של חברת חשמל בתואנות שווא כי מדובר בסך הכול באנטנה לרשת סלולארית שתוצב על גבעה, ובקתת שומר עבורה. המינהל האזרחי אישר חיבור חשמל וחברת חשמל ביצעה זאת. מח"ט שלא הצליח למנוע מקרוונים להגיע למקום; משרד הבינוי והשיכון מימן את הקמת התשתיות במקום; המועצה האזורית התקשרה עם הקבלנים לביצוע העבודות בלי שחלה במקום תוכנית בת תוקף, והבניה בוצעה על קרקעות פרטיות של פלסטינים. הנה לפנינו מאחז מגרון, שקם תוך הצגת מצג שווא כלפי רשויות מסוימות, ושיתוף האחרות בהפרת חוק בוטה בריש גלי.
כך נוצלה תוכנית מנדטורית המאפשרת הקמת מבנה אחד לשטח שלא פחות מדונם, לקבלת רישיון והקמת מבנה. אחריו כבר הופיעו שורת קרוונים במקום שלא כחוק; כך הפכו חוות חקלאיות ליישובים, כמו חוות האיקלום ליד ייט"ב, ובית היערן – יתיר דרום;

ועל כל אלה - הוקמו "שכונות" ו"הרחבות" כביכול של ישובים ותיקים – שבינן לבין יישוב חדש אין כל הבדל. וכל אלה הוקמו ללא אישור של דרג מדיני מוסמך; ללא תוכנית בת תוקף ובניגוד לחוק; ללא בדיקה בדבר טיב הזכויות בקרקע.

דרך הקמת המאחזים מצביעה על מעורבות עמוקה של המתנחלים והמועצות האזוריות באיו"ש בהקמת המאחזים הבלתי מורשים. אך לא פחות מהם, מצביעה דרך הקמת המאחזים על מעורבות עמוקה של משרדי הממשלה בהקמת המאחזים.
במעורבות רשויות המדינה בהקמת המאחזים יעסוק הפרק הבא של חוות דעתי.

פרק שישי

מעורבות רשויות המדינה בהקמת מאחזים

בדיקתי מעלה כי רשויות ציבוריות וגופי המדינה מעורבים בהקמת מאחזים בלתי מורשים, וזאת ללא החלטה מוסמכת של ממשלת ישראל, ולא פעם תוך הפרת החוק.

מעורבות רשויות המדינה אליהן הספקתי להגיע בבדיקתי בתוך פרק הזמן שהוקצב לי, הן:

משרד הבינוי והשיכון

משרד הביטחון, ובכלל זה המינהל האזרחי.

וכן: החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, שהיא רשות ציבורית.

התמונה המתקבלת מסקירה זו אינה שלמה. רשויות נוספות קשורות להקמת המאחזים הבלתי מורשים, תיקצובם ופיתוחם. בין השאר יש למנות את המועצות האזוריות באיו"ש ומשרדי ממשלה נוספים שככל הנראה יש להם מעורבות. כמו כן יש לערוך בירור בעמותות וגופים נוספים.
בכל אלה לא הספקתי לערוך בירור. מן הראוי לזכור על כן, כי התמונה המתקבלת בחוות דעת זו היא חסרה.

אתמקד איפוא בחוות הדעת במשרדים שפרטתי לעיל.

אסקור בתמצית את הסמכויות והתפקידים הרלוונטיים להקמת יישובים באיו"ש, של כל אחד מהמשרדים שנזכרו לעיל שבאו לידי ביטוי בהקמת המאחזים הבלתי מורשים, על ידי הצגת טבלה.

<u>סמכויות ומעורבות רשויות המדינה בהקמת יישובים</u>

הרשות	**הסמכויות**
חטיבה להתיישבות	אחראית לקבלת אישור הדרג המדיני וקבלת החלטה על ידו להקמת יישוב חדש או הרחבה של יישוב קיים אחראית על הקצאת הקרקע למתיישבים או למועצות האזוריות או המקומיות אמורה לתכנן תוכנית לתכנית מפורטת עבור היישובים שהיא מתעתדת להקים. אחראית על הקמת מחנה ראשוני בשטח, אמצעי ייצור, גיבוש גרעין התיישבותי
משרד השיכון	תכנון יישובים. מימון הקמת תשתיות והקמת מבני ציבור לישובים. רכישת קרוונים למגורים.

המינהל האזרחי	אחראי על הכרזה על קרקעות כאדמות מדינה פתיחה בנוהל אדמות סקר, וקיום הנוהל הלכה למעשה הקצאת קרקעות מדינה לגוף מיישב, בעיקר לחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית או למשרד השיכון אחראי על רישום קרקעות ורכישות; אחראי למתן רשיונות לישראלים לרכישת קרקעות. אחראי על ועדות התכנון, הליך אישור תוכנית מפורטת ורישוי לפי תוכנית מנדטורית אחראי על הפיקוח על הבניה הבלתי חוקית בין השאר בהתיישבות הישראלית; אחראי על אכיפת החוק בנושא בניה שלא בהיתר והוצאת צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה; אחראי לקבלת אישור הדרג המדיני לגבי אישור תוכנית מפורטת אחראי למתן אישור לחיבור יישובים לרשת החשמל והמים אחראי לבדיקת בקשה להיתר שינוע קרוון לשטחי איו"ש והמלצה למשרד הביטחון בעניין
משרד הביטחון / שר הביטחון	אחראי למתן אישור לשינוע יבילים (קרוונים) לשטחים אחראי לאישור נוהל אדמות סקר אחראי למתן הנחיות בדבר אישור חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל אחראי לאישור הליכי תוכנית מפורטת: הרשאה לתכנון; הרשאה לדיון בוועדה; אישור לפירסום לתוקף של תוכנית. אחראי למתן הרשאה להקצאת קרקע על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי, והרשאה לתכנון אחראי לאישור הרחבה לישוב אחראי על מתן הנחיות וגיבוי למפקד האזור בנוגע לשנויים, תוספות ככל הנדרש בתחיקת הביטחון באזור אחראי על מתן אישור לביצוע צווי הריסה אחראי (בתאום עם ראש הממשלה) על הנחיית מפקד האזור בהוצאת צווי תיחום לפינוי מאחזים ומתן הוראות לביצוע פינוי מאחזים בפועל.

יש לציין, כי אין לראות את רשויות המדינה כמקשה אחת מבחינת יחסן למאחזים בלתי מורשים. ישנן רשויות המעורבות בהקמת המאחזים באופן אינטנסיבי וללא היסוס, למרות אי החוקיות שבמעשים; אך ישנן אחרות שהשתדלו להימנע ממעורבות בעשייה זו, שתו הבלתי חוקיות מוטבע עליה.

אסקור בפרקים הבאים את מעורבותן של הרשויות שמניתי לעיל.

פרק שביעי

החטיבה להתיישבות

7.1 ההסתדרות הציונית – גוף מיישב 7.2 עיקרי הממצאים 7.3 טענות החטיבה להתיישבות ותשובותיה לממצאים 7.4 מסקנות 7.5 סיכום 7.6 המלצות

<u>מבוא</u>

ההסתדרות הציונית אליה שייכת החטיבה להתיישבות הינה גוף מיישב, בהתאם להחלטת הממשלה בעניין. מתפקידה של החטיבה להתיישבות לסייע לממשלה בהקמת יישובים ישראלים בשטחי איו"ש.

החטיבה להתיישבות פעלה רבות להקמת יישובים ישראלים בשטחי איו"ש. ממצאי הדו"ח מלמדים שהיא הקימה בעיקר מאחזים בלתי מורשים רבים, ללא אישור הדרג המדיני המוסמך.

החטיבה קיבלה הקצאות קרקע מהממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי. החטיבה פעלה בניגוד להסכם עם הממונה בכמה מישורים: הקצתה קרקע לאחרים בהקצאת משנה ללא אישור הממונה; הקצתה את הקרקע לאחרים למרות שבחלק מהמקרים קיבלה את הקרקע אך ורק לצורך תכנון. לא פעלה להסדרת מעמדם של המתיישבים בקרקע מול הממונה.
החטיבה להתיישבות **הקימה את המאחזים ללא תוכנית בניה בת תוקף ובכך פעלה בניגוד לחוק**. חלק מהישובים שהקימה חורגים מתחום ההקצאה, והם ממוקמים בחלקם על קרקעות שאינן אדמות מדינה (חלקם על אדמות סקר, חלקם על קרקע פרטית פלסטינית).

טענות החטיבה ותשובותיה לממצאים:

א. אין צורך באישור דרג מדיני להקמת מאחזים

ב. אם יש צורך – אזי ניתן אישור כנדרש

ג. המאחזים הוקמו ללא תכנית מפורטת בת תוקף כי כך מקימה החטיבה באופן שיגרתי יישובים, גם בישראל.

תשובותיה של החטיבה להתיישבות לממצאי הדו"ח עומדות בסתירה לעובדות ולממצאים שבידי, הכול כפי שיפורט ויבואר להלן.

<u>מסקנות והמלצות:</u>

התנהלותה המתוארת של החטיבה מחייבת החלטת ממשלה בנוגע למספר עניינים, ובהם: לקרקעות שטרם הוקצו על ידה; לקרקעות שהוקצו על ידי החטיבה בניגוד להסכם עמה ולהרשאה שניתנה לה; בנוגע לקרקעות שהוקצו על ידה למאחזים בלתי מורשים; בנוגע להמשך פעילות החטיבה בשטחי איו"ש. אם המלצות אלה יתקבלו, או חלקן, אזי יהיה מקום לשנות את תיקצוב החטיבה ולהתאימו למסגרת תפקידיה כפי שזו תקבע על ידי הממשלה.

עמדת החטיבה להתיישבות בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים, הוצגה בפני בראיונות שקיימתי עם אנשיה, ובכתב. שני מכתבים שקיבלתי מהחטיבה רצ"ב ומסומנים **<u>כנספח 5</u>** לחוברת ג'.

אציין כי לא קיבלתי מהחטיבה להתיישבות את כל המסמכים שביקשתי. בין היתר ביקשתי פרוט המאחזים שהוקמו על ידה והסכומים שהשקיעה בכל מאחז כאמור. נתונים אלה אינם בידי. אך אנשי החטיבה מסרו לי בראיון שקיימתי עמם נתונים כלליים על מעורבותה הכספית של החטיבה בהקמת המאחזים.

7.1 ההסתדרות הציונית – גוף מיישב

ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית נטלו חלק חשוב ואינטגראלי בהקמת ההתיישבות הכפרית בישראל ככלל. ההסתדרות הציונית הינה גוף מיישב. ב"חלוקת העבודה" בינה לבין הסוכנות היהודית נקבע כי בעוד שהסוכנות היהודית תעסוק בהתיישבות בתוך הקו הירוק, תעסוק ההסתדרות הציונית, באמצעות החטיבה להתיישבות שלה, בעיקר ביישוב יהודים באיו"ש.

החלטת הממשלה 801 משנת 1977 הקימה את הועדה להתיישבות. חבריה היו חלק מחברי הממשלה ונציגי ההסתדרות הציונית. וכך קבעה ההחלטה:

"הועדה לענייני התיישבות המשותפת לממשלה ולהסתדרות הציונית (להלן – הועדה להתיישבות) פועלת בהתאם למדיניות הממשלה בענייני התיישבות; ועל פי הנחיות הממשלה – היא תקבע הקמת ישובים חדשים, כפריים ועירוניים, כולל האחזויות נח"ל בארץ ישראל (משני עברי הקו הירוק);"

בהחלטת ועדת שרים לביטחון לאומי מיום **22.7.98** נקבע לגבי החטיבה כי:

"החטיבה להתיישבות תמשיך לסייע לממשלה בתכניות ופעולות שונות בישובים היהודיים העירוניים והכפריים באזורי יהודה שומרון בקעת הירדן רמת הגולן וחבל עזה";

ידוע לי כי החטיבה להתיישבות פועלת גם באזורים נוספים בתוך הקו הירוק אך חוות דעת זו עיקר עניינה הוא ההתיישבות הבלתי מורשית בשטחים. מה גם שהחטיבה מיקדה את עיקר פעילותה מזה שנים רבות, בהתיישבות הישראלית בשטחים. בהקשר זה בלבד נבחן את פעילות החטיבה להתיישבות.

מהעובדות שלפני עולה כי ההסתדרות הציונית נוטלת חלק אינטנסיבי בגיבוש גרעיני התיישבות לשטחים, בתכנון השטח להתיישבות, בהקמת המחנה הזמני של היישוב; ביצירת אמצעי ייצור, ובטיפול בנושאים חברתיים הקשורים לקיומו של היישוב.

נציין כבר עתה כי *החטיבה להתיישבות* ממומנת כולה *על ידי מדינת ישראל*, באופן פורמאלי מקבלת את תקציביה דרך תקציב משרד החקלאות. החטיבה סייגה את מעורבותה כגוף מיישב בשטחים להתיישבות הכפרית בלבד, ופועלת כל השנים בשיתוף עם המנהל האזרחי באיו"ש ומשרד הבינוי והשיכון.

7.2 עיקרי הממצאים

א. **<u>הקמת מאחזים ללא אישור דרג מדיני</u>**

החטיבה נטלה חלק מרכזי בהקמת המאחזים הבלתי מורשים, וזאת על אף שלא התקבלה החלטה על הקמתם על ידי הדרג המדיני.

ב. **<u>העדר תשובה לשאלה מי מחליט על הקמת מאחז חדש</u>**

לטענת אנשי החטיבה להתיישבות, בשלב מסוים נופלת החלטה להקים **שכונה** או **הרחבה** מסוימת ליישוב קיים. **אך <u>מנכ"ל החטיבה להתיישבות ואנשיו לא ידעו לתת לי</u>**

<u>תשובה כיצד נופלת החלטה על הקמת יישוב או הרחבתו</u>. לדברי עובד הסוכנות היהודית העוסק בנושא חוזים ובטחונות: "זה הוחלט על ידי גורמים. זה לא רק בחטיבה להתיישבות". עו"ד מעובדי החטיבה הוסיף באותו הקשר: "אני לא חושב שמישהו קיבל החלטה כזאת";

ג. **<u>החטיבה אינה מכירה את החלטות הממשלה בנוגע לצורך באישור דרג מדיני להקמת יישובים והרחבות</u>**

אנשי החטיבה טענו כי לא ידעו על החלטות הממשלה משנת 1984, משנת 1996, ומשנת 1999 . הם טענו כי לא ידעו על צורך באישור דרג מדיני להרחבה של יישוב קיים כאשר ההרחבה נעשית בתחום השיפוט שלו "אני מקבל הקצאה על שטח מסויים... אני יכול להקצות ולתכנן לבניה צמוד דופן או רחוק מהיישוב הוותיק"(מנכ"ל החטיבה).
וכן: "כשמקצים לך שטח קרקע כל כך גדולה, אז כדאי שתתפוס מבחינת השליטה, שתהיה התיישבות על פני כל השטח המוקצה" (עובד הסוכנות העוסק בחוזים וביטחונות)

תחום השיפוט של חלק מהישובים הוא גדול מאד, והם הסבירו מדוע:

> "לאחר הסכם אוסלו, הורחבו תחומי השיפוט של היישובים. משרד הביטחון הנחה את החטיבה בשנת 95 להכין תוכניות מתאר לכל השטחים שבחוזים... אמרו לי תכין תוכניות מתאר, כי אנחנו לא יודעים מה יהיה תחום השיפוט של היישובים ויש אפשרות שהוא ייקבע לפי החוזה או לפי

צו אלוף בדבר תחום השיפוט או לפי תוכניות המתאר. תכינו תוכניות למלוא קיבולת השטח...לכן הוכנו תוכניות מתאר בהתאם"

ד. **<u>הקצאת קרקע לחטיבה על ידי הממונה; הקצאת קרקע על ידי החטיבה לאחרים בניגוד להסכם עם הממונה</u>**

יש קשר בין הכרזה על קרקע כאדמת מדינה; קביעת תחום שיפוט ליישוב מסוים; והקצאת הקרקע לחטיבה להתיישבות או למשרד הבינוי והשיכון (לאחד משניים אלה ברוב המקרים).

תחילה נעשית הכרזה על קרקע כאדמת מדינה. לאחר מכן, במקביל לקביעת תחום שיפוט ליישוב מסוים על ידי אלוף הפיקוד, מוקצית הקרקע לגוף המיישב. עד שנת 1996 הוקצו הקרקעות מהממונה לחטיבה למטרת תכנון ופיתוח. משנת 1996, בעקבות החלטת 1996, הוקצו הקרקעות לתכנון בלבד.

<u>החטיבה להתיישבות פעלה בניגוד להסכמים עם הממונה בשני מישורים:</u>

(1). ***הקצתה את הקרקע בהקצאת משנה ללא אישור הממונה***. ראה בעניין זה הערות מבקר המדינה אשר עמד על כך כי במקום שהחטיבה להתיישבות קיבלה הקצאת קרקע, ביצע משרד הבינוי והשיכון עבודות פיתוח, ללא הרשאה מהממונה, **ובלי שהחטיבה להתיישבות קיבלה רישיון לכך מהממונה** (ראה עמ' 368 לדו"ח המבקר 54ב).

מבקר המדינה עמד על החשיבות שבקבלת רישיון להקצאת משנה לאחרים, וכך קבע לגביו:

> "שהוא מסדיר ומתאם את פעולות הגורמים הרשאים לפעול באזורים עליהם החליטה הממשלה. החטיבה להתיישבות נוהגת לחתום עם המועצות האזוריות ועם יזמים הסכמים למתן רשיונות משנה לשימוש בשטח או להקמת מבנים (להלן הרשיון או החוזה) בחוזה מתחייב היזם, בין היתר לגרום להגשת התוכניות לועדה המקומית ולמועצת התכנון העליונה ולגרום לקבלת היתרי בניה כדין מרשויות התכנון המוסמכות".

תוצאה נוספת של הקצאת הקרקע לאחרים ללא אישור הממונה היא, שאילו החטיבה היתה דואגת לתכנונה של תכנית ומתן תוקף לתכנית, ומציגה אותה בפני הממונה, היה הממונה פועל לחתימת חוזים עם המתיישבים לגבי בתים שייבנו, אזורי תעשייה, תחנות דלק וכו'. הממונה מסר לי כי **בפועל לא נחתמו חוזים ולמעשה חלק גדול מתושבי איו"ש הישראלים יושבים בבתים ללא כל הסכם עם הרשויות וללא הסדרים כספיים המתחייבים מכך.**

(2). החטיבה להתיישבות הקצתה את הקרקע לאחרים בניגוד להרשאה.

מאז החלטת הממשלה 1996, קיבלה החטיבה להתיישבות הקצאות קרקע מהממונה לצורך **תכנון בלבד**. לאחר התכנון היה עליה לחזור לממונה. אך לא כך פעלה החטיבה להתיישבות. היא הקצתה את הקרקע לאחרים בניגוד להרשאה, ובלי לידע את הממונה על דבר ההקצאה.

המאחזים המפורטים להלן הוקמו על קרקעות שהוקצו לחטיבה להתיישבות **לתכנון בלבד,** אך הוקצו על ידה בהקצאת משנה, בניגוד להרשאה:

בת עין מערב; חורש ירון; מצפה חגית; נ.ג. 664 (הישיבה של רונסקי); נ.ג. 851; נ.ג. 830 – גבעת עולם; נ.ג. 836 – ח'רבת ע'אנם; נ.ג. 782 – (משולמי); צופית (מכינה קדם צבאית); מעלה שלמה; רחלים – מדרשה חינוכית מגורי סגל; חוות סקאלי – נ.ג. 792; נ.ג. 777; ברוכין – עלי זהב מזרח; גבעת החי"ש; ברכה ב'; נ.ג. 736 (החווה של ערוסי); נווה ארז דרום; גבעת סלעית; מעלה רחבעם;

(רשימה זו נמסרה לי על ידי מנכ"ל החטיבה להתיישבות.)

ה. <u>החטיבה סייעה במימון הקמת המאחזים הבלתי מורשים</u>

החטיבה להתיישבות הקימה בפועל חלק ניכר מהמאחזים הבלתי מורשים. החטיבה להתיישבות היא שמימנה בעיקר את המחנה הזמני, הראשוני, שעלה על הקרקע.
מבני קבע נבנו על ידי מספר גורמים. ככל הידוע לי גם על ידי משרד השיכון.

לעניין התכנון של יישוב, נטען לפני כי החטיבה מממנת את האדריכל הראשי להכנת תוכניות מתאר ותוכניות מפורטות ואילו משרד הבינוי והשיכון מממן יועצי חשמל מים ביוב ותשתיות. עוד נמסר לי כי החטיבה עוסקת בתכנון עתידי של עתודות הקרקע, בכפוף למגבלות התקציב.

ו. <u>תכנון והגשת תכנית מפורטת</u>

החטיבה להתיישבות הקימה מאחזים בלתי מורשים תוך התעלמות מהצורך בתכנון תוכנית בת תוקף וזאת שלא באקראי **אלא כשיטת עבודה.** בכך **פעלה בניגוד לחוק** התכנון והבניה הירדני החל בשטחים. לשיטתם של אנשיה – יש להקים תחילה את המחנה הזמני ולראות אם היישוב מתבסס. רק בשלב מאוחר, כעבור שנים, ניתן לטפל בנושא תוכנית ומתן תוקף לתכנית. וכך טען בפני מנכ"ל החטיבה:

> "זאת שיטת העבודה. קודם נתכנן 5 שנים ואחר כך נקים את היישוב?!"

ז. <u>חלק מהמאחזים שהקימה החטיבה – אינם מצויים על קרקעות שהוכרזו כאדמות מדינה</u>

עיון בנתוני המנהל האזרחי מלמד כי החטיבה להתיישבות הקימה חלק מהמאחזים הבלתי מורשים על קרקעות שאינן אדמות מדינה. חלקן קרקעות סקר, חלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים. הברור שערכתי מעלה כי חלק מהקרקעות שהוקצו לחטיבה, היו קרקעות סקר או קרקעות פרטיות של פלסטינים וזאת מחמת השיבוש בנתוני המנהל האזרחי (סימון לקוי של אדמות מדינה על מפות – ראה פרק רביעי, סעיף 4.2.2.1). החטיבה לא ידעה על כך וסברה כי היא מקבלת הקצאת קרקעות שהן אדמות מדינה בלבד. מאידך חלק מהמאחזים מוקמו בשולי תחום ההקצאה, תוך גלישה אל מחוץ לתחום ההקצאה. חלק מהמאחזים הללו מצוי על קרקעות שאינן קרקעות מדינה. (ראה לדוגמא מאחזי איתמר).

עד כאן סקירת עיקר הממצאים.

אעמוד עתה על עיקר טענות אנשי החטיבה כפי שהוצגו בפני בכל הנוגע למעורבותם בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.

7.3 טענות החטיבה ותשובותיה לממצאים

שלוש טענות לחטיבה להתיישבות:

7.3.1 אין צורך באישור דרג מדיני להקמת מאחזים

7.3.2 אם יש צורך – אזי ניתן אישור כנדרש

7.3.3 המאחזים הוקמו ללא תכנית מפורטת כי כך מקימה החטיבה באופן שיגרתי יישובים, גם בישראל.

אפרט להלן את טענות החטיבה.

7.3.1 <u>אין צורך באישור דרג מדיני להקמת מאחזים</u>

א. החטיבה לא עוסקת בהקמת יישובים חדשים אלא בהקמת שכונות חדשות או הרחבות לישובים באיו"ש. קביעת תחום שיפוט של ישוב פירושה – שניתן אישור הדרג המדיני להקמת הישוב בכל השטח כולו. כל בניה בתחום השיפוט, בין ברצף טריטוריאלי ליישוב קיים ובין אם לאו – אינה מחייבת כל אישור של הדרג המדיני. כל בניה כאמור, היא בבחינת הרחבה או שכונה חדשה לישוב קיים ואיננה הקמת ישוב חדש.

ב. יתר על כן. מנכ"ל החטיבה מסתמך על מכתב מאת מנכ"ל משרד ראש הממשלה לשעבר אביגדור ליברמן לסלי מרידור וטוען כי במכתב זה החטיבה "הונחתה אף לטפל בחלק משכונות אלו כביישובים עצמאיים, <u>מבחינה תקציבית בלבד</u>, קרי, ליצור להן מסגרת תקציבית נפרדת, למרות שהן שכונות של ישוב אחד" (מכתב מנכ"ל החטיבה אלי מיום 7.12.04 סעיף 1.ז. **<u>נספח</u>**

5 לחוברת ג') (ההדגשה במקור – ט.ש). מנכ"ל החטיבה רואה במכתב זה תנא דמסייע לטענתו כי הוא הונחה לראות במאחזים שכונות של יישוב קיים, והנושא התקציבי הוא היוצא מהכלל המעיד על הכלל.

לדברי החטיבה גם מנכ"ל ראש הממשלה דאז, אביגדור ליברמן ראה במאחזים שהוקמו שכונות והרחבות שאינן סותרות את החלטות הממשלה.

ג. החלטת הממשלה שקבעה את החטיבה כגוף מיישב (ב/135) הסמיכה אותה "לסייע לממשלה בתכניות ופעולות שונות בישובים היהודיים העירוניים והכפריים באזורי יהודה שומרון בקעת הירדן רמת הגולן וחבל עזה". משנטלה החטיבה חלק בהקמת המאחזים הבלתי מורשים, הרי שהיא עשתה בדיוק את מה שהממשלה קבעה כי תעשה.

ד. החטיבה קיבלה מהממונה הקצאת קרקע. עד שנת 1996 רוב ההקצאות ניתנו לחטיבה לתכנון ופיתוח. החטיבה עשתה בדיוק מה שהממונה מינה אותה לעשות. היא הקצתה את הקרקע לאחרים למטרות פיתוח הקרקע ויישובה.

ה. החטיבה לא ידעה על החלטת ממשלה כלשהי המחייבת אישור דרג מדיני להקמת המאחזים.

7.3.2 <u>**אם יש צורך באישור דרג מדיני – הרי האישור ניתן**</u>

א. כל הגורמים הרלוונטיים להקמת יישובים באיו"ש ידעו על מעורבות החטיבה בהקמת המאחזים באיו"ש, ושיתפו עמם פעולה. הגורמים שנזכרו הם בין השאר – משרד הבינוי והשיכון, המנהל האזרחי, ע' שר הביטחון להתיישבות, מנכ"ל משרד ראש הממשלה לשעבר, ואחרים. כולם ידעו על הקצאת הקרקע על ידי החטיבה למתיישבים. ובלשון אנשי החטיבה: "מה זאת הרשאה?! זוהי ההרשאה. כולם ידעו שאנחנו משרשרים הלאה את הקרקע"

ב. גורמים רמי דרג נתנו אישור למאחזים. בהם מונה מנכ"ל החטיבה להתיישבות את אלה: ע' שר הביטחון להתיישבות; מנכ"ל משרד ראש הממשלה לשעבר יצחקי; וטוען עוד כי:
"בסיכום מיום 1.10.02 עם שר הביטחון אושרו על ידי הדרג המדיני השכונות הבאות..." (18 מאחזים במספר); רשימה של 8 מאחזים אושרו, כך טוענת החטיבה:
"כמאחזים חוקיים בהסכם המאחזים מ- 10.99" (הכוונה כנראה למה שמכונה "הסכם ברק")
כן מסתמכת על מכתב פנימי של החטיבה להתיישבות לפיו מספר מאחזים "אושרו כבר בעבר".
(הטענות והמכתבים עליהם מסתמכת החטיבה מצורפים ל**<u>נספח 5</u>** לחוברת ג').

ג. החטיבה טוענת כי לגבי כל המאחזים שפורטו על ידי (כשמונים במספר ששמותיהם הועברו לחטיבה), ישנה חתימת שר ביטחון ו/או ראש המנהל האזרחי לקידום הליכי תכנון; גם בכך רואה החטיבה אישור דרג מדיני להקמתם.

ד. החטיבה מסתמכת על מכתבו של ע' שר הביטחון להתיישבות בעניין חיבור לרשת החשמל של מאחזים בלתי מורשים. החטיבה מתבססת על מכתב זה כמאשר:

> "להקצות משאבים כמרכיבי ביטחון גם לאתרים הנמצאים בהליכים לקראת פינוי וזאת מסיבות ביטחוניות". (עמוד 10 למכתב מנכ"ל החטיבה מיום 7.12.04 **<u>נספח 5</u>** לחוברת ג').

7.3.3 <u>המאחזים הוקמו ללא תכנית מפורטת</u>

המאחזים הוקמו בלי שחלה במקום תוכנית בת תוקף – החטיבה אינה חולקת על כך. החטיבה טוענת כי באופן הזה הקימה יישובים כפריים בישראל, וכך פעלה גם בהקמת המאחזים באיו"ש. החטיבה טוענת כי קודם יש להקים את המאחז, ולוודא כי הוא אכן התבסס, רק לאחר מכן, כעבור שנים, יש מקום להסדיר את נושא התכנית מפורטת.

7.4 מסקנות

אדון להלן בתשובת החטיבה לממצאים.

7.4.1 <u>לטענות החטיבה כי אין צורך באישור דרג מדיני להרחבה של יישוב קיים בתוך תחום השיפוט שלו:</u>

א. טענה זו אינה נראית לי. ראה סיכום בעניין זה בסעיף 4.2.1.2. ו' לעיל. הרחבת בניה של ישוב כפרי כשהבניה אינה צמודת דופן ליישוב קיים אלא מרוחקת ממנה מאות מטרים בקו אווירי ויותר, משמעותה הקמת יישוב חדש ולא הרחבה של יישוב קיים, למרות ששניהם מוקמים על שטח שיפוט של הישוב הוותיק.
כל אחד יודע, ודאי מי שעיקר עיסוקו בהקמת יישובים, כי הקמת יישוב בתוך ישראל מחייבת החלטת ממשלה. אם כך בישראל – קל וחומר בשטחים. עוד אוסיף כי הכחשת אנשי החטיבה להתיישבות שאינם יודעים איך מתקבלת החלטה על הקמת מאחז מסוים ועל ידי מי, כאשר החטיבה להתיישבות היא זו המקימה אותו, מובילה למסקנה כי ככל הנראה החטיבה ואנשיה יודעים שיש צורך בהחלטת ממשלה להקמתו וכי אישור כאמור לא ניתן.

ב. נראה לי כי אין לקבל את טענת החטיבה כי לא ידעה שיש לקבל אישור דרג מדיני להקמת שכונה חדשה או הרחבה של ישוב קיים כאשר אלה נעשו בתוך תחום השיפוט של הישוב הוותיק.

אף בהנחה שהחטיבה סבורה באמת ובתמים כי מאחזים הממוקמים במרחק קילומטרים בקו אווירי מיישוב כפרי קיים – הם בבחינת שכונות של יישוב ותיק ולא יישובים חדשים, עדיין החלטות הממשלה קובעות כי יש צורך באישור דרג מדיני (עד 1999 - אישור הממשלה כולה; ממרץ 1999 - הסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון). אי אפשר לקבל את טענת החטיבה כי סברה שאין כל צורך באישור דרג מדיני להחלטה על הקמתן.

ג. מכל מקום, אם בכל זאת לא ידעה מהן החלטות הממשלה המחייבות – אזי לא עשתה דבר לבירורן, דבר שהיה מחובתה לעשות. ודאי שאינה יכולה להכשיר את מעשיה בטענה כי לא ידעה שיש צורך באישור דרג מדיני.

ד. הטענה המתבססת על מכתב מנכ"ל משרד ראש הממשלה לפיו הונחתה החטיבה להתייחס למאחזים כאל שכונות של יישוב קיים אינה עומדת במבחן. דווקא המכתב עליו מסתמך מנכ"ל החטיבה מלמד כי ההתייחסות למאחזים אלה כ"שכונות" ו"הרחבות", **היה פיקציה**. המנכ"ל עצמו מציין במכתבו כי:

> "במספר מקומות הוקמו השכונות על ידי אגודות נפרדות וכתוצאה מאילוצים טופוגרפיים וארגוניים נבנו במרחק לא קטן שלא מאפשר בשלב זה של חייהם קשר בין השכונה לישוב האם. אגודות אלה מקיימות למעשה אורח חיים עצמאי כולל ועדות קליטה, מיסי חבר, מזכירות נפרדת וכו'. אבקש לאשר מסגרת נפרדת לכל שכונה קהילתית המתפקדת כישוב בנפרד מישוב האם..."

מכתב זה מסביר דווקא כי המאחזים הבלתי מורשים הנם ישובים לכל דבר ועניין, ואין להם כל קשר עם יישוב "האם" פרט לכך ש"על הניר" הם ממוקמים באותו תחום השיפוט של יישוב האם, המשתרע על פני קילומטרים רבים דבר שנעשה, ככל הנראה לצרכים מדיניים.

מכתב זה מבהיר את הפיקציה הנטענת על ידי החטיבה ואחרים כעולה מדו"ח זה. לצורך **הקמת המאחזים** הבלתי מורשים – הם מקוטלגים כ"שכונות" של יישוב האם, ולכן אין צורך בהחלטת הממשלה כולה לגבי הקמתם. (הצורך באישור שר הביטחון הדרוש למצער (לפי החלטת 1999) – השתכח מלבד).
אך כאשר ההתייחסות אליהם כאל שכונה של יישוב האם פוגעת במתנחלים המתגוררים בהם – מנחים את הרשויות הרלוונטיות להתייחס אליהם כאל יישובים עצמאיים.

אגב, מנכ"ל משרד ראש הממשלה מציין במכתבו כי יש להחשיב אותן "שכונות":

"במסגרת נפרדת לכל שכונה קהילתית המתפקדת בנפרד מישוב האם, כולל חישוב נפרד של מכסת ביסוסים שקיים לכל שכונה....".

הכוונה אינה "רק" לתקציב - אלא לכל עניין, והדברים ברורים.

וכך אנו רואים כי כאשר היה הדבר מועיל, נחשבו המאחזים "שכונות" ו"הרחבות" של ישוב קיים. כאשר מועיל אחרת – הם הופכים לפתע, לישוב עצמאי.

יש לציין כי הפרשנות הלקויה של החלטות הממשלה, הרואה במאחזים "שכונות" ו"הרחבות", הגיעה עד משרד ראש הממשלה, כעולה ממכתבו של מר ליברמן, מנהל לשכת ראש הממשלה בעבר.

ה. לגבי טענת החטיבה לפיה פעלה בהתאם להחלטת הממשלה ב/135 שקבעה את מסגרת תפקידה של החטיבה כגוף מיישב, ולכן לא נזקקה לאישור הדרג המדיני לצורך הקמת יישובים:

גם טענה זו אין לקבל.

הממשלה קבעה כי עיקר תפקידה של החטיבה הוא לסייע לממשלה בתכניות ופעולות שונות בישובים היהודיים בשטחים. אך הממשלה לא קבעה כי כל החלטותיה האחרות הנוגעות לדרכי ותנאי הקמת ישובים חדשים – לא יחולו על החטיבה בפעולותיה. **סיוע החטיבה לממשלה**, ודאי לא יכול לבוא לידי ביטוי בפעולות **הנוגדות את החלטות הממשלה עצמה**, כפי שעשתה החטיבה להתיישבות.

ו. לטענת החטיבה הסכם ההרשאה עם הממונה מקנה לה זכות שימוש בקרקע למטרות ההקצאה, וגם מטעם זה היא פטורה מקבלת אישור הדרג המדיני להקמת ישובים.

טענה זו אין לקבל.

הסכם ההקצאה מעביר את זכויות הממונה להחזיק בקרקע - לחטיבה הנכנסת לנעליו. הסכם ההקצאה אינו משחרר את החטיבה מכל חובה אחרת החלה על בעל הקרקע המבקש להקים יישוב חדש.

הסכם ההקצאה עם הממונה מאפשר לה לתכנן ולהקים ישוב על הקרקע – אך ורק אם הממשלה אשרה לה לעשות כן; היא רשאית ליזום ולהקים יישוב על הקרקע אך ורק אם חלה על הקרקע תכנית מפורטת בת תוקף וניתנו מכוחה היתרי בניה; מובן כי החטיבה רשאית לפעול אך ורק בגדר גבולות ההרשאה. משהוקצתה לה קרקע לתכנון בלבד (החל משנת 1996 ואילך) ודאי שאינה רשאית לפעול לפיתוחה. קל וחומר שאינה רשאית להקצותה בהקצאת משנה לאחרים ללא הסכמת הממונה.

עולה מן המקובץ כי טענת החטיבה שלא היה לה צורך באישור הדרג המדיני להקמת המאחזים, אינה נכונה.

7.4.2 לטענת החטיבה בדבר אישור הדרג המדיני להקמת המאחזים:

א. החטיבה נסמכת על העובדה שרשויות אחרות של המדינה ידעו על פעולותיה להקמת המאחזים. ידיעה זו היא בבחינת אישור הממשלה לפעולות החטיבה, כך לשיטת החטיבה.

אני סבורה כי אין לקבל טענה זו.

פעילות בינמשרדית אינה יכולה להוות בשום אופן, תחליף להחלטה שצריכה להתקבל על ידי הדרג המדיני של מדינת ישראל. החלטה על הקמת יישוב יש בצידה קבלת אחריות במגוון נושאים: מדיניים, ציבוריים, פוליטיים, ביטחוניים, כלכליים ואחרים. מאחריות זו הממשלה לא התפרקה – ואף פקיד, בכיר ככל שיהיה, לא יכול ולא רשאי לבוא במקומה. מי שנוטל חלק בפעילות כאמור, המחייבת, לפי החלטות הממשלה עצמה, החלטת ממשלה או מי מטעמה – פועל בניגוד להחלטות הממשלה, על כל המשתמע מכך.

ב. לא אוכל לקבל את טענת החטיבה להתיישבות לפיה קיבלה אישורים מוסמכים להקים את המאחזים שהקימה. (החטיבה מסתמכת על מכתבי ע' שר הביטחון להתיישבות, מנכ"ל משרד ראש הממשלה בעבר, מכתב פנימי של משרד הביטחון, הסכם ברק, ואישור שר הביטחון כנטען על ידה מיום 2.10.02).

מכתבי רון שכנר, ע' שר הביטחון להתיישבות, אינם יכולים להיות תחליף להחלטת ממשלה המהווה תנאי להקמתו של יישוב חדש. ראה התייחסות כב' השופט חשין בדעת רוב בבג"צ 9195/03, **היכליה וינשטוק ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה ואח'** (תק-על 2003(4) 1504 פיסקה 8) לאחד ממכתבי ע' שר הביטחון להתיישבות מר רון שכנר בנוגע למאחז שירת הים.

יתר על כן, מכתבי מר רון שכנר אינם מתיימרים להיות מכתבים בשם שר הביטחון. האישור ניתן מפיו של מר שכנר, בשמו: "הריני מאשר" הוא כותב. שר הביטחון אף איננו מכותב למכתבים. לפיכך החטיבה לא היתה רשאית להסתמך עליהם. מכל מקום, הדרך היתה פתוחה בפניה לברר עם שר הביטחון האם מכתבים אלה הוצאו על דעתו. כזאת לא נעשה.

עוד אוסיף שגם לשיטת החטיבה מכתבי רון שכנר ניתנו בדיעבד, לאחר הקמת המאחזים. ממילא אין הם עונים על השאלה – מי אישר לחטיבה להקים את היישובים?

ג. במכתבה אלי מיום 7.12.04 (**<u>נספח 5</u>** לחוברת ג') מסתמכת החטיבה על **מסמך פנימי של היחידה להתיישבות של עוזר שר הביטחון להתיישבות במשרד הביטחון**, ובה תרשומות לגבי יישובים שמסומן לגביהם בטבלה "ניתן תוקף בעבר". מכאן, טוענת החטיבה להתיישבות, ישובים אלה אושרו כדין ואינם מאחזים בלתי מורשים.

לא אוכל לקבל טענה זו, מחמת מספר טעמים.

לא ברור מהמסמך עצמו מהו התוקף שניתן בעבר, למה ניתן תוקף, ועל ידי מי. הביטוי "ניתן תוקף בעבר" אינו ברור ונותר עמום. לפי בדיקתי למאחזים הבלתי מורשים הנזכרים באותו מכתב, אין תוכנית בת תוקף, לא היום ולא בעבר.
מכל מקום, מכתב זה איננו מאשר לחטיבה להתיישבות לעשות מעשה כלשהו. החטיבה פעלה להקמת המאחזים. משהתגלגל מכתב זה לידיה היא מבקשת לעשות בו שימוש לצידוק מעשיה

בעבר. זוהי הסתמכות של בדיעבד. אין הסבר מכוח מה פעלה החטיבה להקמת היישובים הללו מלכתחילה.

ד. לגבי הטענה כי שר הביטחון אישר באוקטובר 2002 רשימה של מאחזים – הצגתי טענה זאת לשר הביטחון.

תשובתו שנמסרה לי ביום 24.1.05 הינה כי מדובר במסמך שהוכן בשעתו על ידי היחידה להתיישבות (של ע' שר הביטחון להתיישבות) עבור השר בנימין בן אליעזר בעת כהונתו כשר הביטחון, לקראת דיון שהתקיים בנושא המאחזים. מדובר בהסכמה של שר ביטחון דאז לדחות את פינוי המאחזים שנזכרו שם, ולהסירם מרשימת המאחזים לפינוי **מיידי** שסוכמה אותה עת (אוקטובר 2002), אולם לא היה בכך משום החלטה לאי פינוי המאחזים בכלל. מכל מקום, כך מסביר שר הביטחון מר מופז, ודאי שלא היה בכך כדי לתת אישור והכשר למאחזים בלתי מורשים, אלא מהלך דחיית הפינוי שננקט לאותו פרק זמן. הדברים שלעיל הוסברו כך לשר הביטחון הנוכחי מר מופז על ידי ע' שר הביטחון להתיישבות בתקופה הרלוונטית. עמדה זו של שר הביטחון מר מופז הובאה בפני בית המשפט העליון בבג"צ 5853/04 **אמנה ואח' נגד ראש הממשלה ואח'** (שם, שם). עמדה זו התקבלה והעתירה נדחתה.

ה. אשר לטענה כי **8 מאחזים אושרו ב"הסכם ברק"**, טענה הנסמכת גם היא על **<u>נספח 5</u>** לחוברת ג' – גם זאת אינני יכולה לקבל. טענה זו דומה לטענה המפורטת בסעיף קטן ד' לעיל.

ראש הממשלה לשעבר ברק הסכים שלא לפנות מספר מאחזים, ולגבי אחרים הסכים לקדם הליכי תכנית מפורטת והכול במסגרת הסכם לפינוי מאחזים מרצון על ידי המתנחלים. הסכם זה איננו בגדר אישור מדיני להקמת המאחזים. עניין זה דומה לנושא העתירה בפרשת **אמנה** הנ"ל, בה נשמעו טענות דומות ונדחו כאמור.

ו. החטיבה רואה, לטענתה, בחתימת שר ביטחון על תוכנית שהוגשה לועדות התכנון, משום אישור הדרג המדיני הנדרש לאישור הקמת המאחז.

גם טענה זו לא ניתן לקבל.

כבר עמדתי על כך שהחלטה על הקמת יישוב חדש או הרחבת יישוב קיים – מחייבת החלטת ממשלה, וזאת עוד טרם הגשת תוכנית לועדות התכנון. אישור כאמור – לא ניתן ואף לא נטען על ידי החטיבה שניתן.

יתר על כן. חתימת שר הביטחון על תוכנית מהווה אכן אישור הדרג המדיני, למהלך אחד מתוך מספר מהלכים רב שלביים בהם נדרש אישור שר ביטחון על ציר הזמן לאישור תוכנית בת תוקף. בכל שלב בו נדרש אישורו עליו לשקול **מחדש** את חתימתו על התוכנית, ובכל שלב הוא יכול שלא לחתום. הרי נקבעו מספר שלבים כדי ששר הביטחון יידרש לשאלה אם באותו זמן ובתנאים הביטחוניים והמדיניים ששוררים אותה עת, הוא מסכים כי תוכנית תקודם. אישור "ביניים" על תוכנית איננה בבחינת אישור להקמת מאחז.

7.4.3 <u>הקמת מאחזים בניגוד לחוק התכנון והבניה הירדני</u>

החטיבה אינה חולקת כי הקימה את המאחזים ללא תוכנית בניה בת תוקף. החטיבה טוענת כי הדבר נעשה על ידה בדרך שיגרה, כי כך מקימים ישובים, בתוך ישראל ובשטחים. עובדה זאת מחייבת שתי מסקנות. האחת – כי החטיבה הפרה את חוק התכנון והבניה הירדני באופן שיטתי ובוטה. השניה – שבכל מקרה לא ניתנה הסכמת הדרג המדיני להקמת המאחזים על ידי החטיבה,
שכן הסכמת הדרג המדיני היא רבת שלבים, בהתאם להחלטת הממשלה משנת 1996. רק עם אישור שר ביטחון לפרסום תוכנית לתוקף ניתן לומר שניתן אישור דרג מדיני להקמת יישוב. עד אז, כל האישורים שניתנו – אם ניתנו – הינם אישורים על תנאי בלבד. מכאן, שאם לא חלה תוכנית בת תוקף בשטח בו הוקם מאחז – ממילא לא ניתן אישור הדרג המדיני להקמתו.

7.5 סיכום

החטיבה להתיישבות הקימה חלק גדול מהמאחזים הבלתי מורשים בשטחים, וזאת ללא אישור הדרג המדיני הנדרש. החטיבה להתיישבות, כמו גורמים אחרים במשרדי ממשלה, הרשתה לעצמה להתעלם מהחלטות הממשלה על הקמת ישוב חדש על ידי כך שקראה ליישובים שהקימה "הרחבות" ליישוב קיים, ותחת **הפיקציה** הזו שיחררה עצמה, לשיטתה, מקיום החלטות הממשלה.

אף אם הייתי הולכת לשיטתה וקובעת שהמאחזים שהקימה – בגדר שכונות הן, ליישוב ותיק, עדיין עד שנת 1999 היה צורך באישור הממשלה על הקמת שכונות כאמור שלא ברצף טריטוריאלי עם היישוב הוותיק, ומשנת 1999 היה צורך בקבלת הסכמת ראש ממשלה ואישור שר הביטחון להקמת אותן שכונות שאינן ברצף טריטוריאלי עם יישוב ותיק.

אף אחד מהאישורים הנדרשים הללו – לא ניתן. ולמרות זאת הוקמו המאחזים.
יתר על כן. אף אם טענותיה בדבר העדר צורך באישור הדרג המדיני היו נכונות, עדיין נדרש אישור הדרג המדיני (אישור שר הביטחון), **במהלך שלבי התכנון**. משלא התקיים כלל שלב התכנון – לא ניתן אישור הדרג המדיני הנדרש.

החטיבה פעלה בניגוד לחוק כאשר יזמה והקימה ישובים חדשים בניגוד לחוק התכנון והבניה, תוך התעלמות מהצורך בתכנון תוכנית בת תוקף וזאת שלא באקראי אלא כשיטת עבודה . מובן כי החובה לקבל אישור שר ביטחון לשלבי הליכי התכנון השונים כפי שנקבע בחקיקה הצבאית לא קוימה.

החטיבה פעלה בניגוד להסכמי ההרשאה כאשר הקצתה אותם לאחרים ללא היתר מהממונה, וכאשר פעלה לפיתוח השטח שהוקצה לה בעוד ההקצאה נמסרה לה **לתכנון בלבד** (משנת 1996 ואילך).

חלק מהמאחזים הבלתי מורשים שהקימה החטיבה ממוקמים בשולי תחום ההקצאה, לעתים תוך חריגה "החוצה" כך **שהמבנים עומדים בחלקם על קרקעות שאינן קרקעות מדינה** (ראה חוברת ב' למשל מאחזי איתמר).

ניתן לסכם ולומר כי מעשיה של החטיבה מעלים שלא קיים עוד מנגנון מדיני להקמת ישובים חדשים בשטחים. ההחלטה על הקמת ישובים "ירדה מדרגה" והפכה להחלטה של פקידים. אין זו החלטה של דרג נבחר, שיש לו אחריות ציבורית כלפי צבור בוחריו. המחליטים על הקמת המאחזים הבלתי מורשים, החל מאמצע שנות התשעים היו, בין השאר, חלק מפקידי החטיבה להתיישבות, יחד עם חלק מפקידי משרד השיכון ככל הנראה בהשראת חלק משרי השיכון באותה תקופה, תוך מעורבות רבה של מועצות אזוריות באיו"ש ומתנחלים פעילים.

החטיבה להתיישבות אמורה להיות **דרג ביצועי** בלבד, שתפקידה להוציא לפועל החלטות של הדרג המדיני. **אלא שכאן התהפכו היוצרות והדרג הביצועי הפך לחלק מהדרג המחליט.**

מובן כי לדרג הביצועי אין ראיה כוללת; מטבעם של דברים אין בידיהם מלוא הנתונים המתחייבים מהקמת יישוב כמו התנאים המדיניים והבינלאומיים של ישראל אותה שעה, שיקולים ביטחוניים המתחייבים מההחלטה על הקמת ישוב חדש ומיקומו כמו מידת הנטל שתוטל על צה"ל להגנתו; שיקולים

כלכליים מקיפים ואחרים. אך בעיקר לא חלה על הדרג המבצע אותו סוג אחריות החלה במדינה דמוקרטית על הממשלה בלבד.

אולם החטיבה התעלמה לא רק מהעדר החלטה של הדרג המדיני המוסמך. אופן ההתנהלות שלה נעשה בדרך של הפרת חוק והפרת הסכמים. הקמת המאחזים הבלתי מורשים על ידה הם בבחינת הפרת חוק שיטתית ונמשכת. היא הפרה את הסכמיה עם הממונה שוב ושוב. היא הקימה חלק מהמאחזים מחוץ לתחום הקצאת הקרקע, ולעיתים על קרקעות שאינן בגדר אדמות מדינה, ואף על קרקעות פרטיות של פלסטינים.

התמונה הכוללת הנחזית מתוך פעילות החטיבה להתיישבות מעלה כי **פגם חמור נפל באופן תיפקוד החטיבה להתיישבות בכל הנוגע להקמת מאחזים בלתי מורשים בשטחי איו"ש.**

אך למרבה הצער תגובתה לממצאים העולים מדו"ח זה אינה מכה על חטא. להפך, החטיבה משוכנעת כי אין במעשיה מתום. עובדה זו מצביעה על עוצמת הקושי.

החטיבה להתיישבות מונתה על ידי ממשלת ישראל להיות גוף מיישב. תקציבה בא כולו מאוצר המדינה. החטיבה להתיישבות מחויבת אם כן לפעול בכל הנוגע לכללי המינהל הציבורי התקין ככל רשות ציבורית אחרת.

משטר דמוקרטי נשען על קיומו של עקרון שלטון החוק. לאחד אין קיום בהעדרו של השני. פירושו של דבר הוא שאין רשות או אדם העומדים מעל החוק. החוק הוא העומד מעל כולם. אין רשות שלטונית רשאית להצהיר ולפעול הלכה למעשה למען קידום מטרה, חשובה ככל שתהיה, תוך הפרה נמשכת של החוק. ניתן להשיג מטרות אך ורק במסגרת פעולה חוקית ולא אחרת. אלה מושכלות ראשונים – אך נראה כי החטיבה להתיישבות סבורה אחרת.

מצב בלתי תקין זה חייב להשתנות.

7.6 המלצות

לקבל החלטת ממשלה לפיה תחויב החטיבה להתיישבות, והממונה לעשות את אלה, לפי העניין:

א. לבטל את כל הקצאות הקרקע שבידי החטיבה להתיישבות וטרם הוקצו על ידה לאחרים ולהחזירן לממונה- במידה ויש כאלה עדיין. בדיקה כאמור מן הראוי שתעשה גם על ידי הממונה.

ב. לבטל את כל הקצאות הקרקע שהוקצו לחטיבה להתיישבות והיא הקצתה אותן לאחרים בניגוד להרשאה.

ג. לבטל את כל ההקצאות שהחטיבה הקצתה לאחרים וטרם נעשה בהן שימוש, ולהחזיר את הקרקע לממונה.

ד. לבטל את כל ההקצאות עליהן הוקמו מאחזים בלתי מורשים ולהחזיר את הקרקע לממונה.

ה. להפסיק את פעולות החטיבה בשטחים לעניין הקמת ישובים חדשים או הרחבת ישובים, אלא אם החטיבה תוסמך אד הוק על ידי הממשלה לתפקד כגוף מיישב לצורך הקמת יישוב או הרחבה של יישוב קונקרטי באיו"ש שהממשלה תחליט על הקמתו או הרחבתו.

ו. משרד האוצר יבדוק את השנויים הנדרשים בתקציב החטיבה להתיישבות בהתחשב בהחלטות אלה ויתאים את תקציבה להחלטה זו.

ז. משרד האוצר יבדוק אם הכספים שהועברו עד כה לחטיבה להתיישבות מנותבים בהתאם להחלטה זו.

ח. החטיבה להתיישבות תחויב לתרום ככל יכולתה להסדרת הקשר החוזי בין המתיישבים בהתנחלויות בשטחים לבין הממונה, לגבי קרקע שהוקצתה להסתדרות הציונית.

פרק שמיני

משרד הבינוי והשיכון

8.1. ממצאי מבקר המדינה בנוגע למנהל לבניה כפרית 8.2. הפניית תקציבים למאחזים בלתי מורשים

8.3. סיוע המנהל לבנייה כפרית להקמת המאחזים-ממצאים והמלצות 8.4. רכישת קרוונים והצבתם במאחזים בלתי מורשים-ממצאים והמלצות 8.5. סיכום

מבוא

משרד הבינוי והשיכון מעורב בהקמת מאחזים בלתי מורשים.

הזרוע המרכזית (אך לא היחידה) למעורבות המשרד במאחזים בלתי מורשים היא המינהל לבניה כפרית, שהתמקד מזה שנים בעיסוק בהקמת ישובים חדשים באיו"ש והרחבות של יישובים ותיקים.

במסגרת פרק זה אסקור את אלה:

8.1. ממצאי מבקר המדינה בנוגע למינהל לבניה כפרית במשרד השיכון.

8.2. הפניית תקציבים למאחזים בלתי מורשים.

8.3. סיוע המנהל לבניה כפרית להקמת המאחזים הבלתי מורשים:

8.3.1 סיוע במימון הנחת תשתיות והקמת מבני ציבור למאחזים בלתי מורשים

8.3.1.1. דרכי הסיוע

א. סיוע להקמת מאחזים בלתי מורשים במסווה של הקמת "שכונות" חדשות ליישובים ותיקים על מנת לעקוף את הצורך באישור מדיני על הקמת יישוב חדש, למרות שה"שכונות" הוקמו לעיתים מרחק מאות מטרים בקו אווירי מהישוב הוותיק.

ב. סיוע למאחזים בלתי מורשים נעשה בדרך עוקפת - באמצעות התקשרות המועצות האזוריות עם קבלנים לביצוע העבודות, במימון משרד הבינוי והשיכון.

ג. יצירת תקציב "פתוח כללי שונות", ללא קביעת קריטריונים לחלוקת הכספים, ללא שקיפות ציבורית במטרה לממן ולסייע למאחזים בלתי מורשים

ד. כספים שהועברו לסיוע בהקמת המאחזים הבלתי מורשים. הועברו עשרות מיליוני שקלים למטרה זו.

8.3.1.2 סיוע משרד הבינוי והשיכון להקמת מאחזים ללא בדיקת טיב הזכויות בקרקע

8.3.3 סיוע משרד הבינוי והשיכון לבניה בלתי חוקית בהעדר תוכנית בניה בת תוקף, ובהעדר אישור דרג מדיני מוסמך להקמת המאחזים

8.3.1.4 תכנון ומימון תכנון להכנת תוכניות בניה למאחזים בלתי מורשים

א. תכנון מאחזים בלי שהתקבלה החלטת ממשלה על הקמתם.

ב. תכנון מאחזים בלי שנעשתה בדיקה בדבר טיב הזכויות בקרקע.

8.4 רכישת קרוונים והצבתם במאחזים בלתי מורשים – ממצאים והמלצות

8.5 סיכום והמלצות
בין ההמלצות – הצעות להחלטת ממשלה, הצעות למתן הנחיות מנהליות למשרד הבינוי והשיכון, והמלצות ליועץ המשפטי לממשלה.

8.1 ממצאי מבקר המדינה בנוגע למנהל לבניה כפרית

מעורבות משרד השיכון בהקמת המאחזים הבלתי מורשים, סוקרה למעשה, לפחות בחלקה, בדו"ח מבקר המדינה מספר 54ב לשנת 2003 (להלן: "**דו"ח המבקר**").

מבקר המדינה קבע (בתמצית), בין היתר את אלה:

"משרד הבינוי והשיכון (להלן: משרד השיכון) מסייע ביהודה ושומרון בחבל עזה ובגולן לרשויות מקומיות יהודיות בתקצוב פרויקטים בפעולות תכנון, בניה ופיתוח. המשרד פועל באזור יהודה ושומרון (להלן – איו"ש), הן באמצעות מחוזות המנהל לבניה כפרית, ובעיקר באמצעות מחוז ירושלים, הן באמצעות מחוזות הבנייה העירונית....

בביקורת נמצא כי בתקופה ינואר 00 עד יוני 03 כרת מחוז ירושלים של המינהל לבניה כפרית עם רשויות מקומיות 77 חוזים לבניה ופיתוח ב – 33 מקומות באיו"ש, שעל פי נתוני המנהל האזרחי, העבודות בהם נעשו שלא כחוק, אם בשל היעדר אישור הממשלה או שר הביטחון, אם מחמת היעדר תוכניות מתאר תקפות, ואם מסיבות הקשורות לבעלות בקרקע. היקפם של חוזים אלה הסתכם ב – 29.7 מיליוני ₪. החוזים כללו עבודות מסוגים שונים: תשתיות ליחידות דיור, דרכי ביטחון, כבישי גישה לישוב, שטח ציבורי פתוח, חיבור לחשמל, הקמת מגדל מים והנחת קו מים, והקמת מוסדות ציבור.

על פי נתוני המנהל האזרחי, מבין 33 המקומות האמורים, 18 לא נמצאו בתחומו של יישוב כלשהו שעליו החליטה הממשלה. היקף החוזים בין משרד השיכון לרשויות המקומיות ב – 18 המקומות הללו מגיע לכ – 18.4 מליון ₪.

משרד הבינוי והשיכון אינו דורש שיומצאו לו רישיונות הבניה, כתנאי למימון הפרויקטים. גם רשויות ממשלתיות אחרות אינן דורשות שימציאו להן רישיונות בניה.

משרד השיכון מסייע לרשויות מקומיות באיו"ש במימון פרויקטים ועליו לקבוע נוהלי הפעלה, אשר תואמים את נהליו של המינהל האזרחי. הועלה, שהוא לא עשה כך.

משרד השיכון מימן פרויקטים בלי שהוא תיאם אותם עם המנהל האזרחי. בשני מקרים מימן המשרד עבודות של סלילת כביש והקמת מבנה, במקומות שלגביהם הוציא המינהל האזרחי צו הריסה. היוצא מכאן, כי שעה שזרוע שלטונית אחת - משרד השיכון – משקיעה ממשאביה בעבודות בינוי ופיתוח בנקודות ישוב באיו"ש שאין להן רישיונות בניה, כדין, זרוע שלטונית אחרת – המינהל האזרחי – משקיעה ממשאביה כדי

לאתר בניה בלתי חוקית, ולהרסה" (דו"ח המבקר מספר 54ב, עמ' 359
)

ממצאים אלה של המבקר, עולים גם מתוך הבדיקה שערכתי. אולם מטבעם של דברים, מאחר שבמרכז בדיקתי עומדת תופעת המאחזים הבלתי מורשים, מיקוד תשומת הלב שלי הייתה גם בנקודות נוספות.

<u>הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מאפריל 2004 בעקבות דו"ח מבקר המדינה</u>

בעקבות דו"ח מבקר המדינה הורה היועץ המשפטי לממשלה למשרד הבינוי והשיכון, ולמשרדי ממשלה אחרים, שלא לתקצב כל פעולה בלתי חוקית בשטחים. היועץ דרש באפריל 2004 כי תקצוב משרד הבינוי והשיכון לשטחים ייעצר עד שייקבעו נהלים ברורים שיסדירו העברות כספים אך ורק למטרות חוקיות לשטחים. נמסר לי כי הנושא הוסדר באשר ניתנה הנחייה בתוך משרד הבינוי והשיכון לעצור תקצוב למטרות בלתי חוקיות, ונקבע לכך נוהל.
עוד נמסר לי כי נעשית עבודת בדיקה של 77 חוזים שנמצאו על ידי המבקר כטעונים בדיקה מחמת החשש שהם נועדו למטרות בלתי חוקיות. נבדקה שאלת תשלום עבור עבודות שבוצעו עד לחודש אפריל 2004. עבודת בדיקה זו נעשית על ידי היועצת המשפטית של משרד הבנוי והשיכון עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר בלס.

8.2 הפניית תקציבים למאחזים בלתי מורשים

מעורבות משרד השיכון בנושא המאחזים הבלתי מורשים, נעשתה בעיקרה – אך לא רק – על ידי המנהל לבניה כפרית של משרד הבינוי והשיכון.

בדו"ח המבקר התייחס המבקר לחוסר השקיפות של תקציב משרד הבינוי והשיכון, וההעדפה המסיבית שהעדיף את יישובי איו"ש ביחס ליישובים אחרים בתחום ישראל שסדר העדיפות הלאומי שלהם, הוא זהה. אני מפנה אותך בעניין זה לקביעת המבקר כלהלן:

"תקציב המשרד אינו מאפשר לזהות את אופן הקצאתו של התקציב על בסיס אזורי, בכלל זה התקציב המופנה לחבלי יש"ע, עזה, הנגב והגליל.

ריכוזו ופרסומו של מידע כזה חיוני כדי לתת שקיפות על סדרי העדיפויות ועל האופן שהממשלה מחלקת את המשאבים לפיתוח לפי חלקי הארץ השונים.

העברות תקציביות בהיקפים ניכרים למנהל לבניה כפרית נעשו בלי שהמשרד הבהיר בדברי ההסבר לתקציב, וגם בדיעבד בהצעות התקציב לשנים הבאות, כי חלק ניכר מהתקציבים של המנהל לבניה כפרית – נועד לאזור יהודה ושומרון.

לדעת משרד מבקר המדינה שומה על הממשלה ועל משרדיה להציג לכנסת ולציבור, לא רק תמונת מצב בחתך הוצאות משרדיות, אלא גם לספק מידע בדבר היעדים והתוכניות והתקציבים המרכזיים שנועדו לקדם ולפתח חבלי ארץ. עליהם גם להגדיר באשר לסעיפים, שהם לכאורה כלל – ארציים במהותם, האם באופן הקצאתם יש כדי לתת עדיפות לאזורים מסוימים דווקא". (ראה עמוד 306)

ובעמוד 312 קבע המבקר:

"...השקיע המנהל לבניה כפרית במועצות אזוריות בעלות מדרג חברתי כלכלי זהה, במונחים של השקעה לנפש וליחידת דיור שנבנתה, סכומים גבוהים במועצות האזוריות בגולן, באיו"ש ובעזה לעומת מועצות אזוריות שבתחומי הקו הירוק. הבדלי ההשקעה לנפש נעים בין 150%...לבין 553%. הבדלי השקעה ליחידת דיור שנבנתה נעים בין 31% ...לבין 254%....". (ראה עמוד 312).

אני מוצאת לנכון להביא ממצאים אלה של מבקר המדינה בפניך לא רק כדי להדגיש בפניך את חוסר השקיפות והעדר קריטריונים ברורים להעדפת ישובי איו"ש על פני ישובים אחרים בתחום הקו הירוק בעלי סווג זהה מבחינה לאומית, אלא **כדי להדגיש כי להבנתי, לאור הממצאים שיפורטו לפניך להלן, חלק ניכר מההשקעות התקציביות של משרד השיכון נעשו במינהל לבניה כפרית; המנהל לבניה כפרית השקיע חלק ניכר ממשאביו, אם לא את רובם, בבניה בלתי חוקית במאחזים ובשכונות בלתי חוקיות. יוצא שחלק ניכר מתקציב משרד הבינוי והשיכון הושקע בפעילות בלתי חוקית בשטחים, ובדרך בלתי תקינה, כפי שיבואר להלן.**

מאחר שלפי ממצאי חלק מפעולות המנהל לבניה כפרית שהופנו לשטחים נועדו להקמת המאחזים הבלתי מורשים ושכונות בלתי חוקיות, ניסיתי לברר עם מנהלת המנהל לבניה כפרית, מהי החלוקה התקציבית בין פעולות המנהל לבניה כפרית בישראל לבין אלה בשטחים. לא הצלחתי לברר זאת ואצטט את תשובת מנהלת המינהל לבניה כפרית כלשונה: "מאחר והמונחים התנחלויות ואיו"ש " ו"תחום הקו הירוק" הינם מושגים בעלי קונוטציה פוליטית אעדיף שלא לענות על שאלתך זו..."

אוסיף עוד כי גם מבקר המדינה מעיר בדו"ח המבקר כי לא זכה לקבל מידע שלם ממשרד הבינוי והשיכון באותו עניין כאמור לעיל (ראה הערה בעמוד 310 לדו"ח).

התשובות שלעיל מסבירות מדוע אין בידי נתונים מספריים מדויקים להדגמת האמור לעיל. סירוב למסור נתונים על הפניית משאבי המדינה לבודק מטעמו של ראש הממשלה, עלול להצביע על כך שהמשיב חושש למסור את הנתונים שבידו באשר הם אינם עומדים בביקורת. התשובה, או נכון יותר – העדר התשובה, מחזקת את מסקנותיי לעיל בדבר הפנית רוב תקציב המנהל לבניה כפרית לשטחים, וככל הנראה חלק נכבד ממנו – **לבניה בלתי חוקית** בשטחים.

כבר בתחילת הדברים אציין בפניך, כי בשנים 2001 עד 2004 שימש כמנכ"ל משרד הבינוי והשיכון מר אבי מעוז. תגובתו נראית לי חיונית לכמה עניינים המועלים בדו"ח זה, ומחייבים הסבר. לצורך כך פניתי למר מעוז באמצעות מזכירתי מספר פעמים, כל פעם השיב כי הוא מאד עסוק ולא יוכל לקבוע ישיבה אלא בעוד שבועיים מאותו מועד, וכן הלאה. לבסוף שוחחתי עמו אף אני והוא מסר לי כי הוא "מאד לחוץ בזמן ולא יכול לפנות זמן לצורך הדבר הזה". לקראת סיום כתיבת הדו"ח, פניתי למר מעוז בכתב. ביקשתי את התייחסותו למספר נושאים. מכתבי רצ"ב מסומן כ**נספח 6** לחוברת ג'. לא נעניתי על מכתבי זה. לפיכך אין בפנינו תגובתו לדברים.

עיקר ממצאי יתמקדו להלן במינהל לבניה כפרית. זוהי הזרוע הביצועית המרכזית, אף שלא היחידה כאמור, לפעילות משרד הבינוי והשיכון בבניה בלתי חוקית בשטחים.

8.3 סיוע המינהל לבניה כפרית להקמת המאחזים הבלתי מורשים

סיוע המינהל לבניה כפרית בהקמת המאחזים הבלתי מורשים בשטחים בא לידי ביטוי בעיקר בנושאים אלה:

א. מימון תשתיות ומימון הקמת מוסדות ציבור למאחזים הבלתי מורשים, ולהרחבות ליישובים ותיקים - ללא החלטת ממשלה או אישור הדרג המדיני; ללא בדיקת טיב הזכויות בקרקע ולעיתים שלא על אדמות המדינה; ללא תכנית מפורטת כדין

ב. תכנון, ומימון הכנת תוכניות למאחזים בלתי מורשים

יתכן כי משרד השיכון מימן בדרכים נוספות בניה בלתי חוקית בשטחים. עם זאת לא הצלחתי עד כה לרדת לחקרם של דברים, בין השאר מחמת קוצר הזמן. כך למשל טרם הספקתי לברר לעומק מה מידת מעורבות המשרד בהעמדת הלוואות במסגרת "בנה ביתך" לבניה בשטחים, ואם יש לכך קשר למאחזים הבלתי מורשים.

כמו כן ידוע לי כי המשרד ניסה לממן בניה בשטחים בדרך של בניה תקציבית (בניה במימון מלא של משרד השיכון ומכירת הדירות שיבנו על ידו, ככל הידוע לי בניגוד למדיניות הממשלה שלא לבצע עוד בניה תקציבית), אך הדבר לא צלח בידו. אינני יודעת בשלב זה אם הבניה אמורה היתה לכלול בניה במאחזים בלתי מורשים.

בנושאים אלה לא תמוקד חוות דעת זו.

אסקור להלן את הידוע לי בשני הנושאים שלהלן.

8.3.1 סיוע במימון הקמת תשתיות ומבני ציבור למאחזים בלתי מורשים

8.3.1.1 <u>דרכי הסיוע</u>

א. **<u>סיוע להקמת מאחזים בלתי מורשים במסווה של הקמת שכונות חדשות ליישובים ותיקים</u>**

משרד הבינוי והשיכון עסק שנים בסיוע למימון הנחת תשתיות והקמת מבני ציבור למאחזים בלתי מורשים בשטחים. הקמת המאחזים נעשתה ללא החלטת ממשלה - כפי שעמדתי על כך. משרד השיכון ידע על הצורך בקבלת החלטת ממשלה – והתעלם ממנו.
משרד הבינוי והשיכון עסק גם במימון הקמת הרחבות ליישובים ותיקים, וגם כאן התעלם מהצורך בהסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון להרחבה.
ההחלטה על הקמת יישובים חדשים נפלה בשנים האחרונות, במקום בממשלת ישראל - במשרד השיכון בשיתוף עם מועצות אזוריות באיו"ש, עם חלק מאנשי החטיבה להתיישבות ומתנחלים פעילים.

משרד הבינוי והשיכון עקף, לשיטתו, את הצורך בהחלטת ממשלה כאמור, כאשר כינה את הקמת היישובים החדשים "הרחבות" ו"שכונות" חדשות. הוא עשה כן משקבע כי כביכול מדובר בהקמת שכונה חדשה ליישוב קיים; זו היתה הטרמינולוגיה ששלטה בתוך משרד השיכון; חיזוק לפיקציה זו נעשתה על ידי כינוי הישוב החדש בשמו של הישוב הוותיק הסמוך אליו ביותר, כשכונה של היישוב הוותיק.
אף שגם להרחבה של יישוב קיים נדרש אישור הדרג המדיני, הרי שמשרד השיכון התעלם מהצורך בקבלת הסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון להרחבות של יישוב קיים.

משרד הבינוי והשיכון ידע כי היישובים החדשים, וההרחבות ליישובים ותיקים, נעשים בלי שחלה במקום תכנית מפורטת בת תוקף שרק מכוחה ניתן להוציא היתר בניה. המשרד התעלם מכך.

בעלי תפקידים במשרד הבינוי והשיכון טוענים כי לא ידעו שבחלק מהמקרים היישובים החדשים מוקמים על קרקע פרטית פלסטינית, מכל מקום, למצער, אין חולק כי לא טרחו לברר את טיב הזכויות בקרקע.

כדי לבסס את הדברים שלעיל, אביא בפניך חלק מהתשובות לשאלות שהצגתי בפני אנשי המינהל לבניה כפרית, ובאגפים נוספים של המשרד, וכן מידע שקיבלתי בנושאים שלהלן במשרד האוצר ומשרד המשפטים.

הצגתי מספר שאלות למנהלת המנהל לבניה כפרית במשרד השיכון, בנושאים שתיארתי בפניך לעיל. תשובותיה מדברות בעד עצמן. אביא את הדברים שמסרה לי מפיה.

לדבריה **"תמיכה של המשרד במאחזים זו היתה מדיניות של המשרד".** שאלתי מהו מאחז, כדי שהטרמינולוגיה שלה תהיה לי ברורה. הוסבר לי על ידה כי מדובר בשכונות שאין להן תכנית מפורטת בתוקף. שאלתי מהי "הרחבה", לשיטתה; היא הסבירה כי **"זו הרחבה של ישובים כאשר הם לא בהכרח ברצף טריטוריאלי עם ישוב מורשה קיים".**

לשאלתי מדוע אין לתכנית מפורטת תוקף, השיבה כי התוכניות נתקעו בועדות התכנון, ו:

> "חוסר הדיונים במת"ע (ועדת התכנון העליונה של המנהל האזרחי – ט.ש.) היו גורפים, מ – 92 ואילך... חוסר הדיונים בתכניות היתה מאד גורפת.. לא יודעת למה... בגדול זה רצף של כמה שנים, לא זוכרת ממתי, שלא נערכו דיונים בתב"ע..אבל מצד שני יש בניה. שרי ביטחון נתנו אישורים פה ושם בישובים מאושרים ולא מאושרים. היה הסכם ברק עם מועצת יש"ע. כשהמנהל האזרחי אינו מוציא צו הפסקת עבודה או צו הריסה, יש איזה הסכמה של השלטון בין אם זה ממשלת נתניהו או ברק שאין מניעה לבניה ללא תב"ע וללא אשור".

מנהלת המינהל לבניה כפרית טענה בפני כי לא הוקמו ישובים חדשים באיו"ש בשנים האחרונות "אני לא מכירה ישובים חדשים בשטחים". אלה יכולים לקום, לשיטתה, רק בהחלטת ממשלה, והרי כזאת אין בנמצא. הטרמינולוגיה היחידה שהיא מכירה היא הקמת "שכונות" חדשות ליישובים ותיקים.

האם מגרון למשל, או מצפה אסף, גם הם בגדר שכונות חדשות, שאלתי. אם כן, שכונות של מי הן? התשובה שקיבלתי היא שהם בגדר "הרחבה למרות שאינה צמודת דופן לישוב קיים". לשאלה "הרחבה" של איזה ישוב, שאלתי "לא הלכתי לחקור" השיבה. (מגרון ומצפה אסף אינם צמודים לאף ישוב). ולבסוף אמרה:

> "מה הייתי אמורה לעשות? לומר לשר ולמנכ"ל שזה לא שכונה אלא ישוב חדש?!"

לשאלה מי היה שותף להחלטה על סיוע במימון בניה מהסוג האמור, השיבה מנהלת המנהל לבניה כפרית את התשובות הבאות:

"אנחנו כוללים בתכנית העבודה המשך תכנון. לרוב ביוזמה שלנו." ועוד אמרה: "המועצות האזוריות כולן מאד שותפות לנושא ההרחבות". עוד הוסיפה: "אפשר לומר שחלק ממה שאת מכנה מאחזים ואני מכנה שכונות – החליטו מנכ"לי משרד השיכון ושרי השיכון להקים".

לאחר הפגישות שקיימתי עמה, טרחה מנהלת המינהל לבניה כפרית לשלוח אלי מכתב ובו הסברים נוספים. מכתבה רצ"ב ומסומן **נספח 7** לחוברת ג'.

במכתב זה ציינה מנהלת המינהל לבניה כפרית כי משרד המשפטים מנהל מהלכים של הכרזה על קרקעות באיו"ש כאדמות מדינה, במטרה להקים עליהן ישובים ישראלים. כאשר בנסיבות של יחסים בינלאומיים לא ניתן להקים ישובים חדשים באיו"ש, החליטו קובעי המדיניות כי לא יוקמו ישובים חדשים אלא יורחבו ישובים קיימים וזאת גם אם ההרחבה לא היתה צמודת דופן ליישוב קיים. מנהלת המינהל לבניה כפרית ציינה כי בבסיס ההתיישבות בשטחים עומדת עילה מדינית.
כווני ההתרחבות נקבעו על ידי גורמים בשטח, שהם המועצות האזוריות, תנועת אמנה, בגיבוי שרי השיכון לדורותיהם.

משמעות המכתב היא אם כן, שהמינהל לבניה כפרית – לטענתה – באישור שרי השיכון לדורותיהם – התעלם מהחלטות הממשלה וסייע בהקמת המאחזים הבלתי מורשים במסווה של שכונות והרחבות ליישובים קיימים.

לאחרונה, ביום 19.12.05 שלחה אלי מנהלת המינהל לבניה כפרית מכתב נוסף, ובו טענה את הטענה הבאה:
"בדקנו את "רשימת המאחזים הבלתי מורשים" כהגדרתך, אותה מסרת לי בפגישתינו ביום 22.9.04. נדגיש כי על פי המסמכים המצויים בידינו ועל פי האישורים שניתנו לגורמים שונים העומדים עימנו בקשרי עבודה שוטפים, עולה כי המאחזים הבלתי מורשים הינם אתרים מאושרים מוכרים ומורשים הן על פי החלטות הממשלה והן על דעת הגורמים הבכירים והמוסמכים במשרד ראש הממשלה ושר הביטחון"

נראה כי **עתה** סבורה מנהלת המינהל לבניה כפרית כי ממשלת ישראל היא שהחליטה על הקמת המאחזים הבלתי מורשים – וזה שינוי מגרסתה הקודמת, ועתה, לדבריה הם כבר "מאושרים מוכרים ומורשים".
נראה כי מנהלת המינהל לבניה כפרית נסמכת על טענות דומות לאלה שהעלתה החטיבה להתיישבות בפני, טענות שאין באפשרותי לקבל כפי שביארתי שם.

ב. **<u>סיוע משרד הבינוי והשיכון למאחזים בלתי מורשים נעשה בדרך עוקפת - באמצעות המועצות האזוריות</u>**

משרד השיכון סייע במימון הקמת המאחזים הבלתי מורשים על ידי מימון עבודות התשתית למאחזים, ובמימון הקמת מוסדות ציבור.

עבודות התשתית כוללות פריצת דרכים וסלילתן; הכשרת השטח; חיבור ביוב, חבורי מים וחשמל; מדרכות וגינות. **הקמת מבני ציבור** שונים היא לפי הצורך.

העבודות בפועל באזורי בניה כפרית נעשות בדרך כלל על ידי התקשרות המועצות האזוריות עם קבלנים לפי מכרזים שנערכים על ידן.

משרד הבינוי והשיכון בחר אם כן **בדרך התקשרות עקיפה לסיועו בהקמת המאחזים הבלתי מורשים, וזאת על ידי הסתייעות במועצות האזוריות לצורך כך**. נראה כי דרך זו נבחרה, כך יש להניח, **כדי להסוות** את מימון הפעולות הללו על ידי משרד הבינוי והשיכון.

כתוצאה מהתקשרות עקיפה זו נוצר קושי נוסף, כפי שהבהיר לי חשב המשרד:

> "המשרד מאבד דרגות חופש, המשרד לא יכול לבדוק כיצד נבחרו הקבלנים על ידי הרשויות; האם המחירים ששולמו להם הם באמת סבירים; האם תהליכי המכרז הם תקינים".

ג. **<u>יצירת תקציב "פתוח כללי שונות" למימון הסיוע למאחזים בלתי מורשים</u>**

מנהלת אגף הפרוגרמות במשרד הבינוי והשיכון מסרה לי כי מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון מר אבי מעוז הנחה אותה להקצות כספים מתקציב האגף להשקעה בשטחים. אגף הפרוגרומות עובד בשיטת "משק סגור" (בניה המתוכננת כך שההשקעה הציבורית על ידי משרד השיכון תחזיר את

עצמה על ידי הרוכשים) ולפיכך העברת כספים מתקציבו כאמור היתה גורמת לשיבוש פעולת האגף. דרך זו לא צלחה.
משכך, הצליח מנכ"ל המשרד להשיג הקצבות מיוחדות באמצעות סעיף תקציבי מיוחד שנוצר, ונקרא – "פיתוח כללי שונות". סעיף תקציבי זה תוקצב בשנת 2001 ב- 17 מליון ₪. בשנה שלאחר מכן גדל לכדי 34 מליון ₪.

נמסר לי כי הכספים מתקציב זה הוזרמו למימון תשתיות למאחזים בלתי מורשים.

יש לציין כי לא נקבעו קריטריונים ברורים לשימוש בכספי סעיף תקציבי זה. העדר קריטריונים מאפשר הזרמת כספים למטרות כאמור ללא שקיפות ציבורית וללא ביקורת (ראה גם הערות מבקר המדינה בנושא – דו"ח 54ב עמוד 315).

ד. <u>**כספים שהועברו לסיוע בהקמת המאחזים הבלתי מורשים**</u>

יש להקדים ולומר כי רשימת המאחזים הבלתי מורשים נודעה לי מעט מעט, במהלך ברוריי ובדיקותיי, ולמעשה **עד היום אין בידי רשימה מלאה וממצה.** כאשר היתה בידי רשימה ראשונית – הפניתי אותה למינהל לבניה כפרית וביקשתי לקבל נתונים על תקצוב אותם יישובים. כאשר התעבתה הרשימה – העברתי גם אותה. למעשה עדיין ישנם יישובים חדשים שהם בבחינת מאחזים בלתי מורשים. רשימות אלה טרם הועברו על ידי למנהל לבניה כפרית כדי לבדוק את שאלת המימון. (רשימות אלה טרם הועברו על ידי מחמת אי מסירת מלוא הפרטים הנחוצים על ידי המינהל האזרחי).

לגבי הנתונים שקיבלתי מהמינהל לבניה כפרית ביחס לאותם יישובים לגביהם ביקשתי התייחסות:
קיבלתי נתונים לגבי רשימת המאחזים הראשונה שמסרתי למשרד הבינוי והשיכון (כעשרים מאחזים). לרשימת המאחזים הנוספת שנמסרה בספטמבר 2004 (כששים מאחזים): רק עתה (חודש ינואר 05) קיבלתי לידי מכתב ובו פירוט סכומים **שנטען** כי משרד הבינוי והשיכון השקיע במאחזים הבלתי מורשים (ראה הערה בהמשך). כל פניותיי עד כה למנהלת הבניה הכפרית ולמ"מ מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון בעניין לא הועילו. מדובר בחילופי מכתבים מאז

חודש ספטמבר 2004, בקשות, פניות טלפוניות ותזכורות בכתב שוב ושוב, פניות לשרה גב' ליבני, התערבותה ודרישתה ממ"מ מנכ"ל המשרד כי יימסר לי חומר באופן מיידי – וכל זאת ללא הועיל! כאמור רק בימים האחרונים ממש, בשלהי חודש ינואר 2005, העביר לי מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון החדש – מר אבואב, בהנחייתו הישירה של השר הרצוג, התייחסות לנתונים בדבר השקעות המשרד במאחזים בלתי מורשים ב – 4 השנים האחרונות, לפי הרשימה שהועברה על ידי. הפרוט שהועבר עדיין **אינו מניח את דעתי** משום שאין בו פירוט המאפשר מעקב ובדיקה האם המספרים הנטענים הם מלאים, ולפי המידע שבידי **עולה חשש שמא הנתונים אינם מלאים.**

ניסיתי לערוך הצלבה בין הסכומים שהוצהר על ידי משרד הבינוי והשיכון ששולמו עבור מאחזים בלתי מורשים, לבין סכומים שתוקצבו בתוכניות העבודה של המשרד לשנים 2000 עד 2004. נראה כי אין חפיפה מלאה בין הנתונים. רק לדוגמא כדי להמחיש את הדברים:
לפי דווח משרד הבינוי והשיכון המשרד לא תקצב כלל עבודות תשתית במאחז 782 ליד איתמר. בתוכניות העבודה (שככל הידוע לי משמעותן שנקשר כבר הסכם למימושן) תוקצבו תשתיות עבור מאחז זה: 550,000 שקל.
המאחז רחלים – לפי נתוני המשרד שנמסרו לי שולם 980,000 ₪; לפי תוכניות העבודה: 2,360,000 ₪; המאחז גבעת סלעית, שולם 717,000 ₪ לפי נתוני המשרד, אך לפי תוכניות העבודה תוקצב המאחז ב – 1,067,000 ש". המאחז חרשה, שולם לפי דיווח משרד השיכון 1,660,000 ₪, ואילו לפי תוכניות העבודה: כ – 5 מליון שקל. הנתונים לעיל הם דוגמא בלבד.

כמו כן בדווח המשרד לא צויינו הסכומים ששילם המשרד עבור **תכנון,** כאשר ידוע לי שהמשרד שילם עבור תכנון מאחזים בלתי מורשים. כמו כן – מתוכניות העבודה נראה כי משרד הבינוי והשיכון מימן דרכי חיבור, ככל הנראה בין מאחזים וישובים. סכומים אלה לא באו לידי ביטוי, לכאורה, בנתוני המשרד כפי שדווחו.

עוד אציין כי שיטת הרישום של המשרד בתוכניות העבודה אינה מאפשרת לדעת עבור אילו מקומות בדיוק שולמו כספים. לדוגמא – לפי תוכניות העבודה נרשם שמשרד הבינוי והשיכון תיקצב את המועצה האזורית מטה בנימין עבור עבודות אלה: תאורה לכביש 60; פריצות דרכים ותאורה ללא פרט מזהה להיכן; חיבור חשמל – ללא פרט מזהה להיכן; השלמת מדידות ותכנון – ללא פרט מזהה להיכן. סה"כ: סכום של 12,354,000 ₪. לא ברור מתיאור העבודות שלעיל היכן היו פריצות הדרכים; חיבורי החשמל; השלמת מדידות וכו'. האם כללו עבודות למאחזים בלתי מורשים?

עוד יש לציין כי ברישומי המשרד בתוכניות העבודה קשה לדעת אם תקצוב מסויים מופנה לשכונה – צמודת דופן ליישוב קיים, או למאחז בלתי מורשה, וזאת מחמת שיטת הרישום של המשרד המכנה את כל אלה – "שכונות" והרישום מופיע תחת השם של היישוב הוותיק. אגב – חלק משכונות אלה, שהן צמודות דופן ליישוב הוותיק, הן בלתי מורשות באותו אופן שהמאחזים הם בלתי מורשים.

ביקשתי ביום 1.2.05 ממשרד השיכון למסור נתונים נוספים כדי לאפשר בדיקה ראויה. מובן כי נוכח לוח הזמנים לא אקבל תשובה מלאה לפני הגשת דו"ח ביניים זה.

התוצאה היא שאוכל למסור כאן רק על הדיווח שנמסר על ידי משרד הבינוי והשיכון בנוגע להשקעות המשרד במאחזים בלתי מורשים בתקופה שבין שנת 2000 לבין שנת 2004. **סכומים אלה אינם משקפים באופן מלא את מימון משרד הבינוי והשיכון של מאחזים בלתי מורשים הן מחמת הנתונים החסרים שנמסרו, והן מחמת שמספר המאחזים הידוע לי עתה הוא גבוה מהמספר אותו הפניתי למשרד הבינוי והשיכון עד כה.** ידוע לי, מתוך תוכניות העבודה של המשרד, כי **משרד הבינוי והשיכון מימן עבודות גם בחלק מהמאחזים הנוספים ששמותיהם טרם העברתי לו.**

לפיכך הסכומים שיפורטו על ידי לעיל הם חלקיים בלבד, מתוך הסכומים שתוקצבו על ידי משרד הבינוי והשיכון עבור המאחזים הבלתי מורשים.

<u>פירוט המימון לסיוע מאחזים בלתי מורשים (שידוע לי):</u>

משרד הבינוי והשיכון השקיע כספים בתכנון, ו/או הקמת תשתיות ו/או מבני ציבור, למאחזים הבלתי מורשים הבאים:

נוף הרים – עלי ; דיר רבן; איתמר גבעה 851; איתמר - הנקודה; פני חבר; ייטב - חוות נועם; גבעת סלעית; בת עין מערב; גבעת החי"ש; נתיב האבות; נוה דניאל; אובנת; גבעת הבריכה; חורש ירון; נריה; מגרון; נופי פרת; עמונה; גבעת הרואה; עלי זה – ברוכין; מגן דן; הר חמד; איתמר 777; איתמר 782; העי; שבות רחל; אחיה; גבעת הראל; עדי עד; יצהר מערב; יצהר מזרח; יצהר צפון; אחוזת שלהבת (יצהר); רחלים מערב; נוף קנה; מבוא דותן מערב; נגוהות; שקד; סוסיה מזרח; צופית; חרשה; חורש

ירון; זית רענן; מצפה חגית; עין פרת; מצפה דני; נווה ארז; גינות אריה; עלי – היובל; עלי – פלגי מים; נגוהות; מעלה רחבעם; שבות רחל דרום; תקוע ד'. טל בנימין;

יתכן שמשרד הבינוי והשיכון תיקצב מאחזים בלתי מורשים נוספים.

בין השנים 2000 עד שנת 2004 שילם משרד הבינוי והשיכון עבור מאחזים בלתי מורשים לפי רשימה חלקית שהועברה אליו, לפי הנתונים שמסר עד כה, **סכום של 71,870,000 ₪.**

הסכום ששולם בפועל עולה ככל הנראה, בהרבה, על הסכום שלעיל. עוד אוסיף כי הסכומים שלעיל הם נומינאליים.

כמו כן <u>אין</u> סכום זה כולל את הסכומים ששולמו על ידי משרד הבינוי והשיכון עבור הקמת תשתיות, מבני ציבור, ותכנון <u>שכונות בלתי מורשות.</u>

8.3.1.2 <u>סיוע להקמת מאחזים ללא בדיקת טיב הזכויות בקרקע</u>

מתברר כי משרד הבינוי והשיכון לא עשה כל פעולה לבירור טיב הזכויות בקרקע בה מבוצעות עבודות התשתית מתקציבו. מתברר כי אין למשרד מאגר נתונים ממוחשב (או אחר) בדבר הזכויות בקרקע המיועדת לבניה.
עיון ברשימת המאחזים הבלתי מורשים מול נתוני תיקצוב משרד השיכון של מאחזים בלתי מורשים שבידי מלמד כי **משרד הבינוי והשיכון מימן הקמת תשתיות ומבני ציבור למאחזים בלתי מורשים שהוקמו על קרקעות סקר, ועל קרקעות פרטיות של פלסטינים.** רק לשם דוגמא נזכיר כי משרד השיכון מימן תשתיות למאחז גבעת הרואה (שבג"צ אישר את פינויו, הוקם על אדמות סקר); יצהר דרום (הוקם על אדמות סקר) הבית האדום (בחלקו על קרקע פרטית וחלקו אדמות מדינה) גינות אריה (קרקע פרטית של פלסטינים) מגרון (קרקעות פרטיות של פלסטינים) ואחרים.

החלטת הממשלה משנת 1979, שהתקבלה בעקבות החלטת בג"צ בפרשת אלון מורה, קבעה כי ישובים ישראלים יוקמו על אדמות מדינה.

אדמות סקר אינן אדמות מדינה. הן קרקעות בבדיקה. יתכן שניתן יהיה להכריז עליהן בסיום הבדיקה כי הן אדמות מדינה. יתכן שיתברר כי הן קרקעות פרטיות של פלסטינים. **קרקעות כאמור שטרם הוכרז עליהן, אינן בגדר אדמות מדינה ולא ניתן לעשות בהן כל שימוש כ"אדמות מדינה בדרך".**

הקמת מאחזים על קרקעות פרטיות של פלסטינים הוא בודאי אסור בתכלית. הדבר יכול להוות בנסיבות מסוימות עבירה פלילית.

אך בראש וראשונה זוהי פגיעה חמורה ביותר בקניינו של אדם. רק נזכיר כי זכות הקניין נקבעה בישראל כזכות יסוד, בחוק כבוד האדם וחירותו, ונקבעה על ידי ביהמ"ש העליון בישראל כזכות חוקתית על חוקית.

כבר נאמר על ידי ביהמ"ש העליון כי מפקד האזור מופקד לא רק על שמירת הסדר והביטחון, אלא גם:

> "על הגנת זכויותיהם (של האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית – ט.ש), ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטאריים שחובה על המפקד לשקול."

(ראה בג"צ 10356/02, **יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז** תק-על 2004(1), 2072,עמ' 2078)

זכות הקניין היא זכות אדם חוקתית. מחובתו של מפקד האזור להגן על זכות הקניין של מי שנתון לשליטתו. לכאורה, לא יעלה על הדעת שרשויות המדינה הן שיהיו מעורבות בפגיעה בזכויות אדם בסיסיות אלה. אך אין אלה פני המציאות. משרד הבינוי והשיכון מימן עבודות רבות היקף בקרקעות פרטיות של פלסטינים.

לשאלתי כיצד אירע שמשרד הבינוי והשיכון מימן בניה בקרקעות פרטיות, מסרה לי מנהלת מנהל הבניה הכפרית כי לא ידעה כלל שמאחז מגרון, (לדוגמא), **ממוקם כולו על קרקע פרטית פלסטינית**, וזאת לפי נתוני המינהל האזרחי. למותר לציין כי אין הוא המאחז היחיד הממוקם כולו או חלקו על קרקע פרטית פלסטינית, ואין זה המקרה היחיד בו משרד הבינוי והשיכון מימן הקמת תשתיות בקרקע פרטית פלסטינית (למשל – מצפה אסף, הבית האדום, גינות אריה ואחרים).

עובדות אלה לא מנעו ממנהלת המינהל לבניה כפרית לטעון במכתבה אלי כי:

"אין מצב שמשרד השיכון מתכנן ביודעין על קרקע פרטית. תכנון על אדמה פרטית עומד בסתירה למדיניות פיזור ההתישבות שכן עם אישור התב"ע יוכל למעשה בעל הקרקע הפרטית לבנות באותו שטח"

ראה **נספח 7** לחוברת ג'.

אינני מתייחסת לנימוק כשלעצמו, שודאי יכול לקומם, אלא ברצוני להתייחס לטענה לגופה, ואותה שוב אין בידי לקבל. משרד הבינוי והשיכון לא עשה דבר, לבדיקת טיב הזכויות בקרקע עליה נעשו עבודות תשתית להקמת מאחזים בלתי מורשים מתקציב המשרד. גם אם אקבל את הטענה כי המשרד לא ידע שהקרקעות, בחלקן, הן פרטיות של פלסטינים, בחלקן קרקעות סקר, **הרי שהמחדל החמור בדבר אי בדיקת טיב הזכויות בקרקע, לא יכול להוות צידוק לבניה בקרקעות פרטיות וקרקעות סקר כאמור.**

אוסיף עוד כי גם מבקר המדינה העיר בדו"ח המבקר על בניה בתקצוב המשרד ללא בדיקת טיב הזכויות בקרקע, ועל חוסר התקינות שבדבר (ראה עמוד 363 עד 364 לדו"ח).

8.3.1.3 סיוע לבניה בלתי חוקית בהעדר תוכנית בניה בת תוקף, ובהעדר אישור דרג מדיני מוסמך להקמת מאחזים בלתי מורשים

העובדות שבפני מלמדות כי משרד הבינוי והשיכון ידע היטב כי תוכניות מתאר מפורטות מעוכבות בועדות התכנון, **מחמת העדר אפשרות מדינית לקדמן.**

משרד הבינוי והשיכון התעלם מהעובדה כי לא חלה תוכנית בת תוקף כדין במקומות בהם החליט להקים יישובים חדשים, ואישר הנחת תשתיות למאחזים **למרות זאת.**
משרד הבינוי והשיכון עיקר מתוכן את החלטת הממשלה לפיה תכנית מפורטת טעונה אישור שר הביטחון - אישור היוצר מחסום מדיני מפני הקמת יישובים ללא הסכמת הדרג המדיני המוסמך. התעלמות המשרד מהקמת המאחזים ללא תכנית מפורטת, אפשרה את הקמתם ללא אישור הדרג המדיני.

8.3.2 תכנון ומימון תיכנון להכנת תכנית מפורטת למאחזים בלתי מורשים

משרד הבינוי והשיכון מעסיק אדריכלים חיצוניים, וכן אדריכלים בתוך המשרד, לצורך תכנון מאחזים בלתי מורשים. משרד השיכון עוסק בתכנון התשתיות, ומעסיק יועצים לעניין חיבורי חשמל, מים וכו', ואילו החטיבה להתיישבות עוסקת בתוכניות המתאר ליישוב עצמו.

פעילות זו מנוגדת לכאורה להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מאפריל 2004 למשרדי הממשלה בדבר הפסקת הפעולות המיועדות לתמוך במעשים בלתי חוקיים.

במסגרת זו נעסוק בשני עניינים:

8.3.2.1 תכנון יישובים חדשים בלי שהתקבלה החלטת ממשלה להקמתם

8.3.2.2 תכנון ישובים חדשים בלי שנעשתה בדיקה בדבר טיב הזכויות בקרקע.

8.3.2.1 <u>תכנון יישובים חדשים בלי שהתקבלה החלטת ממשלה על הקמתם</u>.

מתברר כי במינהל לבניה כפרית תכננו לפחות עד לפני חודשים ספורים יישובים חדשים באיו"ש, בלי שהתקבלה החלטת ממשלה כלשהי על הקמתם. **התכנון כולל חלק נכבד מהמאחזים הבלתי מורשים.**

אני סבורה כי משרד הבינוי והשיכון רשאי להשקיע כספי ציבור בתכנון יישובים חדשים בשטחים **אך ורק** לאחר שהתקבלה בעניין החלטת ממשלה על הקמת כל יישוב ויישוב. כל עוד לא התקבלה החלטה כאמור, אין המשרד רשאי להשקיע כספים בתכנונם (אף שמקובל עלי כי הוא רשאי לבחון את מידת ייתכנותם, וזאת עוד טרם החלטת הממשלה על הקמתם).

יתר על כן. היישובים החדשים שבתכנונם עוסק משרד הבינוי והשיכון הם לפחות בחלקם, מאחזים בלתי מורשים שהוקמו שלא כחוק בשטחים. היינו, אין מדובר עוד בתכנון בעלמא, כ"תוכניות מגירה" לעתיד, אלא בתכנון **מאחזים שקמו כבר, שלא כדין.** חלקם ממוקם על קרקעות פרטיות של פלסטינים. נגד מאחזים אלה, או חלקם, הוציא המינהל האזרחי צווי הריסה; הם אמורים להיות מפונים מחמת אי החוקיות שדבקה בהקמתם.

בעוד משרד השיכון משקיע ממיטב משאבי המדינה בתכנון המאחזים הבלתי מורשים, עוסקות רשויות אחרות של המדינה – המנהל האזרחי ומשרד הביטחון וצה"ל – בנושא פנויים של אותם מאחזים. יד אחת ויד שניה של המדינה – כל אחת מושכת לכוון הנגדי, כאשר בשני הכוונים מושקעים מיטב כספי הציבור שלה, משאביה, כוח האדם שלה.

מצב דברים זה הוא בלתי תקין מנהלית, וזה המעט שניתן לומר עליו.

משרד השיכון אינו רשאי לפעול תוך התעלמות מהחלטות הממשלה ואינו רשאי להשקיע כספי ציבור באופן בלתי תקין.

8.3.2.2 <u>תכנון יישובים חדשים בלי שנעשתה בדיקה בדבר טיב הזכויות בקרקע</u>

מעבר לחוסר התקינות המנהלית עליה הצבעתי לעיל שדבקה בתכנון מאחזים בלתי מורשים ללא החלטת ממשלה על הקמתם, אני מוצאת פגם חמור בתכנון יישובים חדשים טרם שנעשתה בדיקה מעמיקה על ידי משרד הבינוי והשיכון בדבר טיב הזכויות בקרקע עליה מתעתדים להקים את היישוב החדש.

משרד הבינוי והשיכון כפוף להחלטת הממשלה שקבעה כי יישובים חדשים בשטחים יוקמו אך ורק על קרקעות שהן אדמות מדינה. כאמור – הקמת יישובים על קרקעות אחרות יכולה להוות בנסיבות מסוימות גם ביצועה של עבירה פלילית.

לפיכך שומה על משרד הבינוי והשיכון לוודא כי תכנון יישוב חדש עבור ישראלים בשטחים יעשה על קרקעות שהן אדמות מדינה (או על קרקעות שנרכשו ונרשמו כדין על שם יהודים).

ממצאי מלמדים כי לא כך הוא, ומשרד הבינוי והשיכון מתכנן יישובים חדשים בלי לבדוק את טיב הזכויות בקרקע, ומתכנן הקמת יישובים חדשים אף בקרקעות שלפי נתוני המינהל האזרחי הן קרקעות פרטיות של פלסטינים.

הדבר עולה במפורש הן מתוך דבריה של מנהלת המינהל לבניה כפרית, ומתוך דבריו של מנהל אגף התכנון במנהל לבניה כפרית.

אציג בפניך את הנתונים שבידי בעניין זה.

הצגתי לממונה על הפרוגרמות במנהל לבניה כפרית, את השאלה האם כאשר הוא מקבל קרקע לתכנון, האם הוא שואל למי הבעלות הקניינית בה? השיב:

> "זו שאלה שאני מתקשה לענות עליה. בגדול הייתי אומר שלא...המנהל האזרחי הוא שנותן לי קביעה לגבי זמינות הקרקע...התכנון אינו מתחשב של מי הקרקע...
>
> ש.: יתכן שאתה תתכנן ישוב ישראלי על קרקע פרטית פלסטינית?
>
> ת.: זה יתכן. זה לא מומלץ. אם זה קורה – זו תקלה. מטרת התכנון היא לאפשר לישראלים לבנות ישובים בשטחים. לא לערבים...לא הוגדר לי עד היום שתפקידי הוא בדיקת הקרקע ושיוכה. היו מעט מקרים שנודע לי שזה קרקע פרטית. אני לא יודע שמגרון היא קרקע של ערבים. שמעתי מפיך לראשונה..."

אציין כי גם הממונה עליו - מנהלת המינהל לבניה כפרית מסרה לי כי לא ידוע לה שמגרון למשל, ממוקמת על קרקע פרטית פלסטינית וכי הדבר נודע לה ממני. למיטב הבנתי משרד הבינוי והשיכון מתכנן את המאחז הבלתי מורשה מגרון.

נתונים אלה, בדבר טיב הזכויות בקרקע במקום פלוני – מצויים בידי המינהל האזרחי. מכאן יש להסיק כי למצער, הנושא לא עניין את אנשי המינהל לבניה כפרית, שכן לא עשו דבר לבדיקת שאלת טיב הזכויות בקרקע עליה הוקמו המאחזים שלהקמתם סייע משרדם, ועוסק כיום בתכנון (בדיעבד) תוכנית מפורטת לאותם מאחזים.

המסקנה המתבקשת היא כי העדר בדיקת הבעלות בקרקע מובילה, בין השאר למקרים של תכנון יישוב ישראלי על קרקע פרטית פלסטינית, עובדה המהווה תקלה על דעת הכול, (אף כי לא בהכרח מאותם שיקולים).

המסקנה המתבקשת מן האמור לעיל היא שרק הממשלה היא שאמורה להחליט על הקמת יישוב חדש; החלטה כאמור יכולה להתקבל אך ורק כאשר שאלת טיב הזכויות בקרקע נבדקה טרם קבלת ההחלטה; משרד הבינוי והשיכון אינו רשאי לתכנן הקמת יישוב טרם שהחליטה על כך הממשלה; יש להקים מאגר נתונים במשרד הבינוי והשיכון בדבר טיב הזכויות בקרקעות באיו"ש ומכל מקום המשרד חייב בבדיקה מקיפה ויסודית בדבר טיב הזכויות בקרקע המיועדת לתכנון – וכל זאת טרם תכנון.

נושא זה הובא על ידי לידיעת שרת הבינוי והשיכון גב' ציפי לבני, סוכם כי הוא ייבדק במשרד. גב' ליבני הסכימה כי תכנון קרקע פרטית פלסטינית לצורכי יישוב ישראלי – ודאי לאחר שזה כבר קם ומצוי שלא כדין על אותה קרקע – הוא פסול.

<u>המלצות</u>

א. לקבל החלטת ממשלה בנושא תכנון, תקצוב והקמת מאחזים ו/או מבנים בלתי מורשים כדלקמן:

(1). משרד הבנוי והשיכון לא יתכנן יישוב בשטחי איו"ש, או שכונה או הקמת מבנים כלשהם טרם שעשה בדיקה ממצה בדבר טיב הזכויות בקרקע המיועדת לתכנון.

(2). משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן הקמת ישוב או שכונה בלי שהדרג המדיני המוסמך החליט על כך.

(3). משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן בדיעבד מאחז בלתי מורשה.

(4). משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן, לא יתקצב ולא יבנה בקרקעות שאינן בגדר אדמות מדינה. למען הסר ספק משרד הבינוי והשיכון לא יעשה אף פעולה מהמנויות לעיל בקרקעות סקר או בקרקעות שהן קרקעות פרטיות של פלסטינים.

(5). משרד הבינוי והשיכון יקים מאגר נתונים על טיב הזכויות בקרקעות באיו"ש, מאגר שיהיה זמין לכל יחידות המשרד לרבות המינהל לבניה כפרית.

(6). משרד הבינוי והשיכון לא יממן ולא יבנה, בעצמו או באמצעות אחרים בלי שניתן היתר בניה קודם לכן.

ב. להנחות את שר הבינוי והשיכון בנוגע לתכנון מאחזים בלתי מורשים כדלקמן:

להפסיק לאלתר את המשך תכנון המאחזים באיו"ש, ככל שאלה עדיין מצויים בהליך של תכנון. מאחר שהתכנון נעשה בחלקו, על ידי אדריכלים חיצוניים – תיבדק האפשרות המשפטית לבטל את החוזים עמם באופן בו תישא המדינה במינימום עלות. בדיקה כאמור תעשה על ידי היועץ המשפטי של המשרד בהנחיית משרד המשפטים.

יש להעביר למשרד הבינוי והשיכון רשימת מאחזים בלתי מורשים מוסמכת (ולעדכנה מדי פעם בפעם עד שתהיה רשימה ממצה). הרשימה תועבר על ידי מנכ"ל המשרד לכל אגפי המשרד ובמיוחד למינהל לבניה כפרית.

ג. המלצה להעברת חומר ליועץ המשפטי לממשלה

אני ממליצה בפניך להעביר ליועץ המשפטי לממשלה את ממצאי הדו"ח הנוגעים לפרק זה על מנת שישקול אם יש מקום לנקוט בהליכים משפטיים נגד עובדי מדינה ומעורבים אחרים שפעלו ביודעין בניגוד לחוק בכל הנוגע להקמת מאחזים בלתי מורשים.

8.4 רכישת הקרוונים בשנת 2003

<u>מבוא</u>

אחת הדוגמאות הבולטות לאי תקינות מנהלית, הנוגע גם למאחזים בלתי מורשים היא פרשת רכישת הקרוונים על ידי משרד הבינוי והשיכון.

אפרט כאן את הידוע לי בדבר החלטת משרד הבינוי והשיכון לתמוך במימון רכישת קרוונים על ידי רשויות האזוריות באיו"ש. משהדבר לא עלה בידו מחמת מעורבות משרד המשפטים שדרש קביעת קריטריונים ראויים לתמיכה המוצעת – החליט על רכישת הקרוונים בידי משרד הבינוי והשיכון עצמו, ומסירתם לידי המועצות האזוריות באיו"ש, ללא קריטריונים לחלוקה, וללא תמורה.
התברר כי בעת פרסום מכרז המסגרת לייצור קרוונים – כבר יוצרו הקרוונים, הוצבו בשטח, **והוצבו בין השאר במאחזים בלתי מורשים.** הזוכה המרכזית במכרז היתה חברה מסוימת (להלן: **חברה א'**), החברה שייצרה את הקרוונים עוד טרם פרסום המכרז, ככל הנראה עבור המועצות האזוריות.

הקרוונים נמסרו למועצות האזוריות בלי שנחתם עמן הסכם לתמורה עבור הקרוונים – לא הסכם מכר, ולא הסכם שכירות. משרד הבינוי והשיכון אינו מקבל עד היום תמורה כספית עבור הקרוונים המצויים בשטח עוד משנת 2003.

הקרוונים חולקו בין המועצות האזוריות ללא קריטריונים וללא הסבר בדבר שיטת החלוקה. כל הקרוונים שיוצרו עד כה (כ – 400 במספר, מתוך 521 שהוזמנו) הועברו לשטחים, חלקם כאמור למאחזים בלתי מורשים.

אסקור להלן את הידוע לי בעניין זה.

8.4.1 ההחלטה על השתתפות במימון רכישת קרוונים על ידי המועצות האזוריות

בשנת 2002 או תחילת 2003, נפלה החלטה במשרד השיכון, להשתתף במימון רכישת קרוונים חדשים, שיירכשו על ידי המועצות האזוריות באיו"ש.

נמסר לי כי החלטה על הרכישה הייתה של שר השיכון דאז איתם ומנכ"ל משרדו. יש לציין כי ההחלטה על הרכישה הייתה יוצאת דופן במובן זה שבשנים האחרונות לא רכש משרד השיכון קרוונים.

ככל הנראה נמסר מידע למועצות האזוריות, כי משרד השיכון ישתתף במימון הקרוונים (כלומר יעביר להם מענקים לרכישתם). המועצות האזוריות לא השתהו, והזדרזו להזמין קרוונים מחברה א'. ככל הידוע לי **הועברו לשטח 140 קרוונים בדרך זו.**

דא עקא – שנוצר קושי בהעברת כספי ההשתתפות למועצות האזוריות. על מנת לזכות את המועצות האזוריות בכספי ההשתתפות במימון, היה צורך כי ועדת פטור ממכרז תעניק את הפטור בהתאם לתקנות המכרזים. משפנה משרד הבינוי והשיכון לועדת הפטור, סירבה זו לעשות כן בטענה כי הפטור המבוקש יכול להינתן אילו היתה רכישת הקרוונים אחד מתפקידיה של הרשות המקומית על פי דין כאמור בתקנה 3(16) לתקנות המכרזים. מאחר שמשרד האוצר סבר שמקרה זה איננו נכלל בתקנה 3(16) לתקנות – הושבה בקשת משרד הבינוי והשיכון ריקם.

נמסר לי כי היו פניות חוזרות ונשנות מטעם משרד הבינוי והשיכון למשרד האוצר, אך אלה לא הועילו. בשלב מסוים פנתה היועצת המשפטית למשרד הבינוי והשיכון ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיכריע בין משרדי הממשלה, קרי, בין האוצר לשיכון. העניין טופל אז על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז – מר מני מזוז, שקבע כי המדובר כאן בהעברה תקציבית בדרך של תמיכת המדינה בפעולות הרשות המקומית. תמיכה כאמור היא מותרת, ובלבד כי ייקבעו קריטריונים עניינים ושוויוניים. עוד ביקש מר מזוז כי הקריטריונים שייקבעו יועברו לידיעת ועדת הפטור ממכרז.

מנהל משרד הבינוי והשיכון דאז מר אבי מעוז, גיבש הצעה לקריטריונים ואף העבירם לועדת הפטור ממכרז. משרד האוצר סבר כי קריטריונים אלה אין בהם כדי לענות על הצורך. לעניין זה נדרש מר אמנון דה הרטוך ממשרד המשפטים, העוסק באשור קריטריונים לתמיכות. לאחר בדיקה - החזיר דה הרטוך את הכדור למר מעוז, ודרש תשובות לסדרה של שאלות בנוגע לאותה הצעת קריטריונים. ככל הידוע לי – תשובה לפנייתו של דה הרטוך לא ניתנה. מהנתונים שבידי נראה כי משרד הבינוי והשיכון החליט לזנוח את דרך העברת התמיכות למועצות המקומיות באיו"ש, ובחר בדרך אחרת לכאורה.

8.4.2 ההחלטה על רכישת הקרוונים על ידי משרד הבינוי והשיכון

משרד השיכון החליט **לרכוש את הקרוונים באופן עצמאי ולמסור את הקרוונים לידי המועצות האזוריות באיו"ש.** מובן כי השאלה מדוע לא הלך המשרד בדרך שהתווה לו המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, של קביעת קריטריונים – ממשיכה להטריד ו"לרחף בחלל האוויר". שכן ההתעלמות מהצורך בקביעת קריטריונים אינה יכולה להרפות והצורך בהם נותר בעינו, גם נוכח מהלכי המשרד בהמשך.

לאחר הדברים הללו, יצא המשרד במכרז מסגרת לייצור 521 קרוונים. במכרז זכו שתי חברות. הסכם עם אחת החברות הזוכות, חברה א' נחתם ביום 30.12.03 חברה א' התחייבה לייצר 401 קרוונים, הכול בהתאם להנחיות משרד השיכון כמפורט בהסכם ותוך פיקוח המשרד הלכה למעשה על שלבי הייצור, על מנת לוודא שאכן הקרוונים שהוזמנו ייוצרו בהתאם למוסכם. החברה השניה התבקשה לייצר 120 קרוונים. ההסכם עמה נחתם בשלב מאוחר יותר.

8.4.3 הצבת הקרוונים בשטחים עוד טרם פרסום המכרז על ייצורם

משרד השיכון התקשר עם מפקח חיצוני למשרד, על מנת שיבדוק את עובדת ייצור הקרוונים והנחתם במקום היעד שלהם. עיון בדו"ח הראשון שערך מלמד כי כבר כעבור חודש מיום חתימת ההסכם – נמצאו על ידו קרוונים בשטח, כשהם מחוברים זה מכבר לתשתיות. הדבר העלה בליבי חשש שמא הקרוונים הגיעו לשטח עוד טרם שנחתם ההסכם עם חברה א'. לאחר בדיקת הנושא באופן מעמיק יותר מתברר, **וזאת ללא כל ספק, כי טרם חתימת ההסכם עם חברה א' – כבר הגיעו והונחו בשטח 140 קרוונים. תשלום משרד השיכון עבור 401 הקרוונים שייצורם הוזמן על פי ההסכם, כלל את 140 הקרוונים שהונחו מבעוד זמן בשטח, טרם כריתת ההסכם עם חברה א'. קרוונים אלה יוצרו על ידי חברה א' עבור המועצות המקומיות באיו"ש, והונחו בשטח לפי הוראותיהן.**

אינני יודעת דבר על אופן התנהלות המכרז, למעט עובדה אחת והיא שבדרך פלא, החברה הזוכה במכרז היא אותה חברה א' המוכרת לנו מייצור 140 הקרוונים שיוצרו עבור המועצות האזוריות באיו"ש ושהיו מונחים זה כבר בשטח עוד בשנת 2003.

במהלך הבדיקה התברר לי כי הדבר ככל הנראה היה ידוע למי מפקידי המשרד.

לשאלתי מי הורה היכן יוצבו הקרוונים נעניתי כי ההוראה יצאה בדואר אלקטרוני ישירות ממשרדו של המנכ"ל דאז, אבי מעוז, אל מנהלת המינהל לבניה כפרית. רצ"ב העתק ההוראה בדואר אלקטרוני שהועברה אלי לבקשתי על ידה, רצ"ב ומסומן **<u>כנספח 8</u>** לחוברת ג'. הרשימה שיצאה מלשכת המנכ"ל מורה לאן לשלוח קרוונים ומספרם, לכל מועצה.

אין בהוראת המנכ"ל כל הסבר מדוע הקרוונים יועדו מלכתחילה לשטחי איו"ש, מדוע לא יועדו לפחות חלקם לאזורי ארץ אחרים, ומדוע חולקו באופן שחולקו בין המועצות האזוריות באיו"ש. יש לציין כי גם כאן – אין הסבר לעילת הרכישה, אין הסבר לאופן החלוקה, אין קריטריונים לחלוקה.

אציין כי ביקשתי ממנהלת המינהל לבניה כפרית נתונים מדוע נרכשו קרוונים אלה על ידי משרד השיכון, ומדוע הופנו כולם אך ורק לאיו"ש ועוד למאחזים בלתי מורשים. לדבריה לא ידעה כלל כי קרוונים אלה מיועדים לשטחים ולא קיבלה הסבר כלשהו מדוע הועברו רק לשטחים.

פרשה זו הובאה על ידי לידיעת סגן החשב הכללי באוצר, רפרנט משרד השיכון בחשב הכללי. הוא הופתע מאד לשמוע כי הקרוונים נרכשו סופו של דבר על ידי משרד השיכון. הוא סבר כי הפעולות שנקט משרד האוצר בעת שהעניין הגיע לידיעתו, היה בהן די כדי לעצור את הרכישה או לבצעה בהתאם להנחייתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה.

8.4.4 הצבת הקרוונים במאחזים בלתי מורשים

הקרוונים הוצבו בחלקם במאחזים בלתי מורשים.

ביקשתי לבדוק היכן בדיוק הוצבו, שכן דו"ח הפיקוח שקיבלתי ציין בעיקר את שמו של הישוב הוותיק בסביבה אך לא פרט את שם המאחז בו הוצבו הקרוונים. לבקשתי נערכה בדיקה נוספת, שאף היא איננה ממצה לדעתי, אך נותנת תמונה מספיקה לצרכינו אלה. מהדיווח עולה כי הוצבו קרוונים בין היתר במאחזים שלהלן:
ברוכין (ליד עלי זהב): 17 קרוונים; נופי נחמיה (ליד תפוח): 16; רחלים (ליד תפוח): 4; איתמר (נ.ג. 777): 2; סלעית (ליד מחולה): 3; מבואות יריחו (ליד ייט"ב): 8; גבעת הרואה (ליד עלי): 3; עמונה (ליד עופרה): 5; אש קודש (ליד שבות רחל): 5; עדי עד (ליד שבות רחל): 1; קידה (ליד שבות רחל): 8; גבעת הראל (ליד שילה): 3; נוה דניאל: 12; מעלה רחבעם (ליד נוקדים): 3;

סך הכל הגיעו לשטח איו"ש 389 קרוונים שנרכשו על ידי משרד הבינוי והשיכון נכון לחודש אוקטובר 2004. מספר הקרוונים שהוצבו במאחזים בלתי מורשים: כ - 90 .

אוסיף כי לפי דו"ח יולי 2004 של המפקח מטעם משרד הבינוי והשיכון הגיעו לשטחי איו"ש 369 קרוונים מהקרוונים הללו. ואילו לפי הדו"ח שנערך באוקטובר 2004, הגיעו לשטח כבר 389 קרוונים. משמע – זרם הקרוונים עדיין לא פסק. גם נתון זה הבאתי לידיעת שרת הבינוי והשיכון, שהודיעתני כי תבדוק את הדבר.

8.4.5 תקציב הקרוונים

עלות כל קרוון היא 54,900 ₪.

תקציב חברה א' הוא: 25,990,562 ₪. התקציב כולל עלויות של הובלה ואחרות.

תקציב החברה השניה הוא: 7,758,618 ₪.

סה"כ עלות הקרוונים למשרד הבינוי והשיכון: 33,749,180 ₪.

8.4.6 העדר תמורה בגין הקרוונים

ברגיל החברה המנהלת את הרכוש של משרד הבינוי והשיכון היא חברת עמידר, שתמורת טיפולה המנהלי בגביית שכר דירה (להלן: "**שכ"ד**") או מכר דירות היא מקבלת עמלה. שכ"הד אמור להיות מועבר על ידה למשרד הבינוי והשיכון.

מתברר כי הקרוונים מושא פרק זה לא הועברו לניהול חב' עמידר. נמסר לי במשרד סגן החשב הכללי באוצר כי הקרוונים הללו הועברו לחברת **אמנה**. מחמת קוצר הזמן לא הצלחתי עד כה לבדוק את פעילותה של חב' אמנה (לאו דווקא רק בהקשר הקרוונים), אך ידוע לי בוודאות כי עד כה לא הגיעו כספי שכ"ד מהקרוונים האמורים – שהם רכוש משרד הבינוי והשיכון – לידי משרד הבינוי והשיכון או מי מרשויות המדינה. אינני יודעת אם נגבו כספים מהדיירים, אם כן מי גבה, כמה, והיכן הכסף. **למדינה – הוא לא הגיע.** נתון זה מצטרף **לתמונה הכללית בדבר עצם עילת רכישת הקרוונים; אופן הרכישה הבעייתי לעצמו; חלוקת הקרוונים לאזור איו"ש בלבד; ללא קריטריונים, תוך עקיפת הנחיות היועץ**

המשפטי לממשלה; הצבתם במאחזים בלתי מורשים, בחלקם על קרקעות שלא הוכרזו כאדמות מדינה, וללא תכנית מפורטת כדין.

8.4.7 היתר לשינוע הקרוונים לשטח

ביקשתי לבדוק כיצד ניתן היתר שינוע לקרוונים הללו, הדרוש לפי תחיקת הביטחון באזור, ולאיזה מטרה, ונמסר לי על ידי מנהלת המינהל לבניה כפרית כי משרד השיכון אינו עוסק בכך, ומי שמטפל בקבלת ההיתרים הן המועצות האזוריות מול משרד הביטחון. בנושא שינוע קרוונים לשטחים ראה פרק תשיעי סעיף 9.1.9.

8.4.8 פעולותי בקשר לפרשת הקרוונים

פרשה זו של רכישת קרוונים נראתה לי בעייתית בכמה מישורים. לפיכך פניתי לשרת הבינוי והשיכון ויידעתי אותה מיד עם היוודע לי הדברים. ביקשתי ממנה כי נוכח העובדה שמוצבים קרוונים במאחזים בלתי מורשים יש מאין בניגוד לחוק ושלא על פי החלטות הממשלה; יש מקום לדאוג שהקרוונים שיוצרו עבור משרד השיכון ומהווים רכוש המדינה, וטרם נמסרו למועצות ביש"ע, לא ימסרו להם עד שיוחלט בצורה מסודרת במשרד הבינוי והשיכון מה יעשה בהם. יש לקבוע קריטריונים לחלוקתם ויש לעשות כן בדרך ברורה ומסודרת תוך שקיפות ציבורית ומתן תמורה עבור הקרוונים שיימסרו. מעבר לכל יש לדאוג שלא ימצאו דרכם למאחזים בלתי מורשים. השרה גב' ליבני הסכימה עמי והודיעתני כי מיד עם היוודע לה נושא הקרוונים הורתה הן על הפסקת ייצור הקרוונים והן על הפסקת העברתם לאיו"ש וזאת באופן מיידי. כמו כן הסכימה כי יש מקום לבחון קריטריונים שישמשו בסיס להעברתם לאחרים תוך תשלום תמורה ראויה למשרד הבינוי והשיכון.

בכל הנוגע להליכי מכרז הקרוונים – הודעתי לשרת הבינוי והשיכון כי אין באפשרותי לחקור נושא זה, ולדעתי יהיה מקום שהיועץ המשפטי לממשלה יחליט בדבר (אם יש צורך בחקירה וסוג החקירה, אף

שהדברים על פניהם מעלים חשד להטיית מכרז); העתק מדו"ח זה יועבר לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה.
עוד במהלך ביצוע הבדיקה וטרם כתיבת הדו"ח, הודעתי על התפתחויות אלה למשנה ליועץ המשפטי לממשלה מר מייק בלס.

כמו כן הודעתי לשרת הבינוי והשיכון על הצבת חלק מהקרוונים, שהם רכוש המדינה לכל דבר, במאחזים בלתי מורשים. שוחחתי עמה על כך והוצע לבדוק מהי הדרך המשפטית הראויה להשבת הקרוונים הללו למשרד הבינוי והשיכון.

בנוסף לכל אלה נפגשתי עם שר הביטחון מר מופז, דווחתי לו על ממצאי בעניין הקרוונים שלעיל, וביקשתי ממנו לבדוק כיצד ניתן היתר שינוע לאותם קרוונים שאנחנו מוצאים אותם במאחזים בלתי מורשים. השר ביקש מעוזריו לעשות בדיקה בעניין. כמו כן ידוע לי שקוימה פגישה בין שרת השיכון לבין שר הביטחון בנושא, לתיאום אישורים לשינוע קרוונים. (על החמרת הקריטריונים למתן היתר לשינוע קרוונים – ראה בפרק תשיעי סעיף 9.1.9).

8.5 סיכום פרשת הקרוונים

משרד הבינוי והשיכון החליט על תמיכה במימון רכישת קרוונים על ידי המועצות האזוריות באיו"ש בלי לנמק מדוע; המשרד החליט ליעד את הקרוונים אך ורק לשטחי איו"ש, גם זאת ללא הנמקה; המשרד החליט על חלוקת הקרוונים בין המועצות המקומיות באיו"ש ללא קריטריונים וללא הנמקה כלשהי;
משרד הבינוי והשיכון עשה מאמץ אינטנסיבי לזכות בפטור ממרכז לצורך מימון רכישת הקרוונים על ידי המועצות המקומיות באיו"ש – וחויב לשם כך לקבוע קריטריונים; המשרד החליט לעקוף את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה על ידי רכישת הקרוונים ישירות על ידו, וזאת משראה כי חובה עליו לקבוע קריטריונים לחלוקת התמיכה, וזאת לא חפץ לעשות; המשרד אף לא טרח ליידע את משרד האוצר על זניחת הדרך שהתווה לו היועץ המשפטי לממשלה והחלטתו על רכישת הקרוונים בעצמו;
משרד הבינוי והשיכון יצא למכרז מסגרת לייצור הקרוונים כאשר חלק מהם כבר יוצר עבור המועצות המקומיות באיו"ש ואף סופק להן; המשרד קיים הליכי מכרז תקינים לכאורה, על פני הדברים, אך באורח פלא זכתה במכרז יצרנית הקרוונים שסופקו זה מכבר, והיא זכתה בחלק הארי של המכרז (401 מתוך 521 סך הכל);

הקרוונים, רכוש משרד הבינוי והשיכון, הועברו לשטחי איו"ש והוצבו בחלקם במאחזים בלתי מורשים. הצבת הקרוונים במאחזים בלתי מורשים היא בניה בלתי חוקית לכל דבר ועניין; הקרוונים שימשו להקמת ישוב חדש או הרחבה של יישוב קיים שלא בדרך שנקבעה בהחלטות הממשלה לעניין הקמת ישובים חדשים או הרחבות; ללא בחינה של טיב הזכויות בקרקע ולעתים הונחו על קרקע שלא הוכרזה כאדמות מדינה; ובלי שחלה על הקרקע תכנית מפורטת כדין; מעבר לכל אלה לא קיבל משרד הבינוי והשיכון תמורה עבור אותם קרוונים שנותרו, רק נזכיר - רכוש המדינה.

המלצות

א. שר הבינוי והשיכון יונחה בנוגע לקרוונים שנרכשו על ידי משרד הבינוי והשיכון בשנת 2003 כלהלן:

(1). העברת הקרוונים הנותרים לאחרים תעשה רק לאחר שיקבעו קריטריונים לחלוקתם.
לאחר קביעת קריטריונים ראויים יושכרו הקרוונים לאחרים או ימכרו רק לאחר שיחתמו חוזים עם מי שיקבלו אותם, וייקבעו הסדרי תשלום עבורם למשרד השיכון, לשביעות רצון היועץ המשפטי של המשרד.

(2). הקרוונים שנמסרו למועצות האזוריות באיו"ש יידרשו על ידי המשרד בחזרה.

(3). היועץ המשפטי של המשרד בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה יקבעו את הדרך המשפטית הראויה להשבת הקרוונים למשרד הבינוי והשיכון. כמו כן יקבעו את הדרך המשפטית הראויה לדרוש ולקבל מהמועצות האזוריות האמורות תמורה ראויה בגין התקופה בה הוחזקו הקרוונים על ידיהן או על ידי מי שהם מסרו להם אותם.

ב. אני ממליצה לקבל החלטת ממשלה כלהלן:

<u>לעניין רכישת קרוונים בעתיד לשטחי איו"ש</u>

כל רכישה של קרוונים בעתיד המיועדים לשטחי איו"ש, בין אם תעשה על ידי משרד הבינוי והשיכון ובין אם על ידי משרד אחר כלשהו, תחייב קבלת הסכמת ראש הממשלה ושר הביטחון לרכישה, וזאת טרם פרסום מכרז לייצור הקרוונים או מכרז לרכישתם. זאת באשר רכישת קרוונים המיועדים לשטחים כמוה כאישור לבנית בתים בשטחים.

ג. <u>המלצה להעברת חומר ליועץ המשפטי לממשלה:</u>

אני ממליצה בפניך להעביר את החומר שבדו"ח זה בכל הנוגע, לפרסום מכרז לייצור הקרוונים והזכייה בו, העברתם למאחזים בלתי מורשים, ובכל עניין אחר הנוגע לפרשת הקרוונים ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיבחן אם יש מקום לנקוט בהליכים משפטיים נגד עובדי המשרד ומעורבים אחרים.

ד. <u>המלצה שתובא בפני היועץ המשפטי לממשלה</u>

אני ממליצה כי היועץ המשפטי לממשלה יבדוק ניסוח החלטת ממשלה לקביעת קריטריונים לתקצוב פרוייקט מועדף, כאשר משרד המבקש לתקצב פרוייקט מיוחד מכספים ייחודיים שיש בו העדפה של מגזר אחד על פני אחרים, יהיה חייב לקבוע קריטריונים לתקצוב ויהיה חייב לפרסמם ברבים.

פרק תשיעי

משרד הביטחון

9.1 המינהל האזרחי 9.2 עוזר שר הביטחון להתיישבות

סקירת הדין החל על ישראל בפעולותיה בשטחים, וכן המסגרת המשפטית הכללית החלה על הקמת התנחלויות בשטחים נסקרה על ידי בתחילת חוות דעת זו. במסגרת זו עמדתי על כך שהמשפט, השיפוט והמינהל של ישראל לא הופעלו ביהודה ושומרון (ראה בג"צ 390/79; בג"צ 61/80). יהודה ושומרון מוחזקים על-ידי ישראל בדרך של תפיסה צבאית או "תפיסה לוחמתית" (BELLIGERENT OCCUPATION). באזור הוקם ממשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי. סמכויותיו של השלטון שהמלחמה הוכרעה לרעתו הנן מושעות למעשה, כאשר מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפומבי נתונה בידי המפקד הצבאי "סמכות הממשל והמינהל העליונה באזור" (ראה בג"צ 619/78 עמוד 510). שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. (ראה בהרחבה בג"צ 393/82, **ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד לז(4), 785 ,עמ' 790-791)

המפקד הצבאי רשאי להוציא צווים מטעמו בכל תחומי החיים כדי לבצע את תפקידיו כמבואר לעיל. למעשה מתפקד המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, בין השאר, כגוף המחוקק הרלוונטי, כאשר כל עוד הוא פועל במסגרת תפקידיו בשטח, הוא גם קובע את הכללים החלים בכל תחומי החיים – הצבאיים והאזרחיים כאחד. סמכותו מתפרשת הן על האוכלוסייה הפלסטינית באזורים הנתונים לשליטתו והן כלפי האוכלוסייה היהודית.

לשם ביצוע תפקידיו האזרחיים, הוקם בצו על ידי המפקד הצבאי באזור **המינהל האזרחי**, שאמור לתת שירותים לשתי סוגי האוכלוסיות המתגוררות בשטחים.

<u>נעסוק להלן במספר נושאים ובעלי תפקידים הקשורים לצה"ל ולמשרד הביטחון, ובהם:</u>

המינהל האזרחי ומעורבותו בנושא המאחזים הבלתי מורשים;

עוזר שר הביטחון להתיישבות במשרד הביטחון (הערות חלקיות בלבד);

<u>הערה</u> – מחמת קוצר הזמן לא הספקתי לעמוד על שאלות הנוגעות לתקצוב משרד הביטחון למאחזים בלתי מורשים, לתקצוב מפקדת פיקוד העורף בהקשר למאחזים בלתי מורשים, ולהקמת מוסדות חינוך לרבות מכינות קדם צבאיות ללא אישור וללא סטאטוס תכנוני .

9.1 המינהל האזרחי

9.1.1 מבוא

עד שנת 1981 היה אחראי הממשל הצבאי באיו"ש ובחבל עזה על המנהל האזרחי ועל פעילות ביטחון פנים ופעילויות לחימה בטרור באזורים אלה. ביום 4.10.81 התקבלה החלטת ממשלה מספר 106 בעניין "ארגון מחדש של מערכת הממשל הצבאי ביהודה, שומרון וחבל עזה". בהתאם לה הוחלט על ארגון מחדש של מערכת הממשל הצבאי באזורים. הוחלט על הקמת המינהל האזרחי והפרדת הפעילות הביטחונית מהפעילות האזרחית. המינהל האזרחי הופקד על הטיפול האזרחי באוכלוסיה הפלסטינית והישראלית באזורים.

בעקבות החלטת הממשלה האמורה, חוקק מפקד צה"ל באזור **צו בדבר הקמת המינהל האזרחי, צו מספר 947.** מטרת הקמת המינהל האזרחי הוגדרה בסעיף 2 לצו, שכותרתו: "הקמת המינהל האזרחי" ונקבע בו כי :

> "מוקם בזה מינהל אזרחי באזור. המינהל האזרחי ינהל את העניינים האזרחיים באזור, בהתאם להוראות צו זה, לרווחתם ולטובתה של האוכלוסייה ולשם הספקת השירותים הציבוריים והפעלתם, ובהתחשב בצורך לקיים מינהל תקין וסדר ציבורי."

בצו זה הוגדרו סמכויות ראש המינהל האזרחי, ביניהן סמכותו לחוקק תחיקת משנה מכוח הדין ותחיקת הביטחון שהוא מוסמך לפעול על פיהם.

ראש המינהל האזרחי קיבל למעשה את סמכויות השרים שהוגדרו בחקיקה שחלה באזור עת נכנס צה"ל לשטח. הוא הסמכות האזרחית העליונה באזור לפי תחיקת הביטחון הרלוונטית לתפקידו. למעשה, ראש המינהל האזרחי כמוהו כמעין "ראש הממשלה לעניינים אזרחיים" באזור, בכל הנוגע לסמכויות בתחום האזרחי.

<u>עיקר הסמכויות המסורות למינהל האזרחי ויש להן רלוונטיות לענייננו הן:</u>

ניהול קרקעות המדינה

אחראי על הכרזה על קרקעות כאדמות מדינה

פתיחה בנוהל אדמות סקר, וקיום הנוהל הלכה למעשה

הקצאת קרקעות מדינה לגוף מיישב, בעיקר לחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית או למשרד השיכון

אחראי על רישום קרקעות ורכישות;

אחראי למתן רישיונות לישראלים לרכישת קרקעות;

אחראי על ועדות התכנון, על הליכי תכנון ואישור תוכניות ובהן תוכנית מפורטת, ורישוי לפי תוכנית מנדטורית;

אחראי על הפיקוח על הבניה הבלתי חוקית בין השאר בהתיישבות הישראלית;

אחראי על אכיפת החוק בנושא בניה שלא בהיתר והוצאת צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה;

אחראי לקבלת אישור הדרג המדיני לגבי אישור תוכנית מפורטת

אחראי למתן אישור לחיבור יישובים לרשת החשמל והמים

מחמת סמכויותיו מעורב המינהל האזרחי בנושאים שונים הקשורים להקמת מאחזים. בפרק זה אתמקד בסמכויותיו בעיקר בתחום הקרקעי, ובכל הנוגע למעורבותו בנושא הקמת המאחזים הבלתי מורשים.

מבנה המינהל האזרחי

בראשו עומד ראש המנהל האזרחי (להלן: "**רמ"א**"); יש לו סגן; תחתיהם ישנם מעין "משרדים" של: ענף אג"מ תחזוקה; ענף ניהול; ענף כלכלה; ענף תשתית; ארגונים בינ"ל; ודובר.

מתחת לענפים שלעיל מונו קציני מטה למספר עניינים: קמ"ט מים; קמ"ט חשמל; קמ"ט מקרקעין; הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי (שמקביל למעשה למנהל מקרקעי ישראל); מנהל יחידת התכנון באיו"ש; מנהל יחידת הפיקוח באיו"ש; ואחרים.

בנוסף ישנם למינהל האזרחי 9 יחידות של קישור ותיאום (מת"קים) הפרושות בשטח.

למעשה המנהל האזרחי מקביל במידה מסוימת למשרדי הממשלה בישראל.

ראש המנהל האזרחי כפוף לשני אלופים: מהבחינה המבצעית הוא כפוף לאלוף הפיקוד, שהוא מפקד האזור; מהבחינה המקצועית הוא כפוף למתאם הפעולות בשטחים (להלן: "**המתאם**"). מתאם הפעולות בשטחים אחראי בתחום האזרחי על תיאום בין משרדי הממשלה בישראל, לבין המינהל האזרחי. מתאם הפעולות בשטחים כפוף לשר הביטחון, ומתאם בין פעולות המינהל האזרחי לבין שר הביטחון.

הטיפול בנושא הקרקעי

אחד הנושאים המרכזיים המסורים לטיפולו של המינהל האזרחי הוא הנושא הקרקעי ביהודה ושומרון. נושא זה קשור קשר הדוק למאחזים הבלתי מורשים ולכן נעסוק בו. מספר בעלי תפקידים רלוונטיים לנושא הקרקעי:

<u>הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי</u> – הממונה – אחראי על ניהול הקרקעות באיו"ש (כמקביל למנהל מקרקעי ישראל בתוך ישראל), בתוך זה אחראי על הכרזת קרקעות כקרקעות מדינה; אחראי על ביצוע נוהל אדמות סקר; אחראי על הקצאת קרקעות על ידי המנהל האזרחי בין השאר להסתדרות הציונית; אחראי על גידור קרקעות מדינה וסקר;

<u>ראש תחום תשתית</u> אחראי על כל נושאי התשתית במנהל, כלומר, על כל הנושא הקרקעי. רת"ח תשתית מתאם בין הקמט"ים העוסקים במקרקעין – כולל, קמ"ט מקרקעין; הממונה; מנהל יחידת התכנון; מנהל יחידת הפיקוח; הוא המתאם בין רמ"א (לו הוא כפוף) לבין מפקדת המתאם וע' שר הביטחון להתיישבות; הוא הוסמך בצו להוציא היתר לשינוע קרוונים (אך היום נזקק לאישור שר הביטחון לכך); אחראי על מתן אישורים לרכישת קרקעות לפי צו 25 בעניין זרים ותאגידים; קובע אם שטח מסוים נופל בגדר שטח A או B או C. כמו כן יש לו סמכות חתימה על חוזים מסוימים; ויש לו הסמכה לפי חוק השילוט על הדרכים; כמו כן רת"ח תשתית מעורב בהליכי תכנון שנעשים במנהל האזרחי. לגבי רכישות קרקע של ישראלים, הרשאים לרכוש קרקע לפי החלטת ממשלה מספר 1077 מיום 16.9.79 ועל פי הנחיות הממשלה לרכישת קרקע מיום 6.11.79 (ב/9). רכישת קרקעות על ידי ישראלים מחוץ לתחומי התכנון יכולה להיעשות רק על ידי חברות (ולא יחידים) ורק בכפוף לאישור מועצת השרים הירדנית, קרי – אישור ראש המינהל האזרחי שבא בנעליהם. לעניין זה הוסמך רת"ח תשתית על ידי ראש המינהל האזרחי (לעניין ההנחיות לרכישת קרקע בידי ישראלים ראה בהמשך).

<u>קמ"ט רישום קרקעין</u> תפקידו מקביל למנהל אגף רישום מקרקעין בישראל. אחראי על 9 לשכות רישום מקרקעין. 7 מתוכם נמצאות בנפות ושתיים בתחומי ישובים ישראלים – באריאל ובמעלה אדומים. כל עסקה במקרקעין באיו"ש טעונה רישיון. בעל הסמכות לאשר, לפי **צו 25 בדבר עסקות מקרקעין**, הוא קמ"ט מקרקעין; קמ"ט מקרקעין אחראי על רישום ראשון של קרקע שנרכשה ולא עברה כלל הליכי הסדר מקרקעין. חלק מהבקשות לרישום ראשון באות על ידי ישראלים שטוענים שרכשו קרקע.

<u>קמ"ט חשמל</u> אחראי לכל פעולה של חיבור חשמל לרשת החשמל, הן של פלסטינים והן של ישראלים; חב' חשמל מביאה בפניו בקשות לחיבור לרשת החשמל. עליו לבדוק כל בקשה, לקבל התייחסות של גורמים נוספים כמו גורמי מים, בזק ואחרים. לאחר מכן קובע אם יש לאשר או לא.
הפעלת גנרטורים – כל הפעלת גנרטור טעונה אישור קמ"ט חשמל. בפרקטיקה כמעט שאינו מטפל בכך.

<u>מנהל לשכת התכנון</u> מקביל למנהל מינהל התכנון לפי החוק הירדני. הוא האחראי על יחידת התכנון שהיא הגורם המקצועי המלווה את ועדות התכנון (לעניין ועדות התכנון ראה סקירה בתמצית בסעיף 4.2.4 לעיל). מעמדו של מנהל לשכת התכנון נקבע בחוק התכנון והבניה הירדני. סעיף 7(2) קובע כי הוא משמש יועץ טכני לענייני תכנון, ואמור לייעץ לשר הפנים "בכל הנוגע למינוי מומחי תכנון או המוסדות המייעצים ללשכה". בתוקף תפקידו הוא חבר במת"ע.

<u>מנהל יחידת הפיקוח</u> היחידה אחראית על אכיפת דיני הבניה על ישראלים ופלסטינאים; עוסקת באיתור פלישות לקרקעות מדינה; עוסקת בגדור קרקעות מדינה;
יחידת הפקוח עוסקת באיתור בניה בלתי חוקית של יהודים ופלסטינאים. יחידת הפיקוח של המינהל האזרחי מונה 12 פקחים, וכן 2 רכזי שטח. אזור איו"ש מחולק למעשה לשני אזורים – יהודה, ושומרון. בנוסף למפקחי השטח, חולשת היחידה על ועדת הפיקוח, העוסקת בנוהל בב"ח (הוצאת צווי הפסקת עבודה, הוצאת זימון לוועדה, שימוע, מתן החלטות על הוצאת צווי הריסה וכו').
בנוסף כוללת היחידה מערכת עזרים טכניים ויש לה מחלקת קרטוגרפיה ו - J.I.S. המנפקים את העזרים הנחוצים כמו אורטופוטו, צילומי אוויר ואחרים.

<u>אסקור להלן את אלה:</u>

9.1.2. טיב הזכויות בקרקעות עליהן מוקמים מאחזים בלתי מורשים. במסגרת זו אתייחס לאלה:

9.1.2.1 הקצאת קרקע שאינה בגדר אדמות מדינה;

9.1.2.2 טענת רכישות קרקע באיו"ש על ידי ישראלים - עליה הוקמו מאחזים, והליך "רישום ראשון";

9.1.2.3 רכישת קרקע על ידי ישראלים - דורשת רישיון.

9.1.3 דרישה לחתימת הממונה על היתרי בניה באדמות מדינה

9.1.4 שלבי תכנון תוכנית מפורטת וקבלת אישור הדרג המדיני הנדרש לקידומם.

9.1.5 הוצאת היתר בניה מכוח תוכניות מנדטוריות בנות תוקף.

9.1.6 אספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים.

9.1.7 חיבור מים למאחזים בלתי מורשים.

9.1.8 העדר פיקוח הולם על הבניה הבלתי חוקית בשטחים והוצאת צווי הריסה נגד בניה בלתי חוקית.

9.1.9 היתרים לשינוע קרוונים.

9.1.10 הסדרת סטאטוס תכנוני לפי סעיף 34 א' לחוק התכנון והבניה הירדני, ומתן התר לשינוע קרוונים בהסתמך עליו.

9.1.11 קביעת קדנציות לתפקידי ניהול במינהל האזרחי.

9.1.2 טיב הזכויות בקרקעות עליהן מוקמים מאחזים בלתי מורשים

<u>מבוא</u>

כבר עמדתי על כך כי בפרשת אלון מורה לא אישר בג"צ לתפוס קרקע פרטית של פלסטינים לצורך הקמת יישוב בשטחים. בעקבות החלטה זו החליטה הממשלה בהחלטת 1979 כי יישובים בשטחים יוקמו על קרקעות שהן אדמות מדינה.

הקמת מאחז על קרקעות שאין למקים זכות חזקה כדין בהן – היא אינה חוקית. הקמת מאחז על קרקעות פרטיות של פלסטינים ודאי שאינה חוקית.

עיון ברשימת המאחזים הבלתי מורשים ובחינת נתוני הקרקע עליה הם ממוקמים מעלה, כי חלק נכבד מהמאחזים אינו ממוקם באדמות מדינה. חלק מהמאחזים ממוקם על קרקעות שהן פרטיות של פלסטינים או אדמות סקר.

נשאלת השאלה כיצד אירע הדבר. מספר תשובות יש לכך.

מתברר כי חלק מהקרקעות שאינן אדמות מדינה והוקמו בהן מאחזים בלתי מורשים, הוקצו על ידי ההסתדרות הציונית למתנחלים.

במקרים אחרים, חלק מהקרקעות עליהן הוקמו מאחזים והן קרקעות פרטיות של פלסטינים, נתפסו על ידי פלישה של המתנחלים לשטח. במקרים אלה נטענת לעיתים טענה על ידי המתנחלים כי הקרקעות נרכשו על ידם.

ומעניין לעניין באותו עניין בהתייחס לאדמות סקר:
מתברר כי בד בבד עם החלטות בג"צ בדבר אישור צו תיחום שטח שהוצא על ידי מפקד האזור נגד מספר מאחזים – נעשית בדיקה במינהל האזרחי לפי נוהל אדמות סקר במגמה להכריז על הקרקע עליה הוקמו כאדמות מדינה. כמו כן נבחנות בקשות נוספות בנוגע לקרקעות עליהן הוקמו מאחזים, לפי נוהל אדמות סקר.

בנושאים אלה אתמקד בתת פרק זה.

בנוסף אתייחס לנושא רכישת קרקעות בשטחים בידי ישראלים. בנושא זה יש צורך בהיתר לפי הכללים הנוהגים כיום, ונראה לי כי יש להגביר את הביקורת על מתן הרישיונות בעניין. גם בנושא זה אפרט בתת פרק זה.

9.1.2.1 **הקצאת קרקע שאינה בגדר אדמות מדינה**

מהבדיקה שערכתי עולה כי במהלך השנים הקצה הממונה להסתדרות הציונית קרקעות לתכנון ופיתוח בהנחה שאלה אדמות מדינה. גבולות ההקצאה סומנו על גבי מפות שנמסרו עם הסכם ההרשאה להסתדרות הציונית.

בדיקת המינהל האזרחי שנעשתה לאחרונה בדבר טיב הזכויות בקרקע עליהן הוקמו מאחזים בלתי מורשים מעלה כי אלה הוקמו בחלקם על קרקעות שהוקצו להסתדרות הציונית; כמו כן, קרקעות אלה מתבררות עתה, בחלקן, כקרקעות המוגדרות אדמות סקר או אף קרקעות בבעלות פרטית של פלסטינים.

נשאלת השאלה כיצד אירע הדבר, שכן הנחת המוצא היא שהממונה מקצה אך ורק קרקעות שהן אדמות מדינה.

<u>בדיקתי מעלה מספר טעמים לכך, ואלה יפורטו להלן:</u>

א. כבר ביארתי כי רישום הכרזות אדמות מדינה על גבי מפות נעשה בעבר באופן לקוי, מסיבות שונות. הממצאים בעניין זה נכון להיום הם, כי הסימונים על המפות אינם מדויקים כל עיקר, וכי חלק מהמסומן על המפות כאדמות מדינה איננו מתאר נכונה את אדמות המדינה.

ניסיתי להגדיר מהי מידת הטעות, ולא קיבלתי תשובה ברורה, אף שהערכה היא שמדובר במקרים רבים מאד. למעשה מטבעם של דברים קשה ליתן הערכה כללית, ויש לבדוק כל מקרה ומקרה לגופו.

טעם נוסף לפער בין סימוני ההכרזות של אדמות מדינה לבין המצב בפועל נובע מכך כי לפי חוק הקרקעות העותומני החל בשטחים, עיבוד חקלאי וחזקה ברציפות של סוג מסוים של קרקע במשך 10 שנים עשויים להצמיח זכות לרכישת בעלות בקרקע. גם אם הוכרז על אותה קרקע בעבר כאדמות מדינה, אך הכרזה זו לא מומשה, יתכן כי מצבה השתנה בכך שפלסטינים החלו

לעבד אותה, ובאופן זה רכשו בה זכויות. מכאן, שקרקעות שהוכרזו בעבר כאדמות מדינה, אינן בהכרח כאלה נכון לתקופה זו.

בימים אלה נערכת בדיקה של סימוני הקרקעות לצורך עבודת התיחום שאמורה להיעשות בין היתר לשם מימוש הבנות עם הממשל האמריקאי. לדברי אנשי המינהל האזרחי העוסקים במלאכה, בדיקות אלה מעלות אחוז טעויות גדול ביותר.

עד כאן לעניין טעויות הרישום על גבי המפות של קרקעות מדינה.

ב. מהבדיקה שערכתי עולה כי לא רק קרקעות מדינה הוקצו לצורכי התיישבות ישראלית בשטחים (גם לאחר בג"צ אלון מורה). נמסר לי על ידי רת"ח תשתית כי בעבר הוקצו קרקעות שסומנו כאדמות סקר על ידי המינהל האזרחי לצורכי ההתיישבות. רק עם כניסת נוהל אדמות סקר בסוף שנות התשעים נאסרה הקצאת אדמות סקר להתיישבות.

התוצאה מהמתואר לעיל מסבירה את העובדה הנטענת על ידי אנשי המינהל האזרחי עתה, כי קרקעות שהוקצו כאדמות מדינה מוכרזות, הן בחלקן אמנם כאלה, אך בחלקן הן אדמות סקר ואף קרקעות פרטיות של פלסטינים.

אכן הממונה סמוך ובטוח כי הוא מקצה רק קרקעות שהן אדמות מדינה, ואילו אנשי החטיבה להתיישבות משוכנעים כי קיבלו לרשותם אך ורק קרקעות כאלה. אך מתברר כי אין אלה פני המציאות.

עמדת שר הביטחון

הצגתי נתונים אלה בפני שר הביטחון. בתשובתו עמד על כך שאכן נעשו טעויות בעבר בדבר סימון אדמות מדינה על מפות. הטעויות נובעות מאמצעים טכניים מיושנים. מאז 1999 הוקם צוות מומחים לתיחום אדמות מדינה (נקרא – "**צוות קו כחול**") שתפקידו למנוע טעויות מסוג זה. מאז הקמתו של הצוות לא אירעו טעויות נוספות בהגדרת אדמות מדינה. לכן, לשיטתו של שר הביטחון, הבעיה האמיתית בעניין זה אינה הקצאת מקרקעין פרטיים להתיישבות על ידי המדינה אלא השתלטות בלתי מורשית של גורמים פרטיים על אדמות פרטיות ואדמות מדינה לא להם. בתופעה זו יש להלחם.
לכן, עמדתו של שר הביטחון היא שאין צורך בקבלת החלטה בדבר הקפאת הקצאת קרקעות כמוצע על ידי (ראה הצעתי להלן) אלא יימשכו הליכי תיחום קרקעות מדינה על ידי הצוות שמונה לכך.

<u>עמדתי ביחס לעמדת שר הביטחון</u>

אינני חולקת על דבריו של שר הביטחון לפיהם ישנה תופעה של השתלטות מתנחלים על קרקעות פרטיות של פלסטינים ובתופעה זו יש להלחם. להיפך – אני מסכימה עמו. גם אינני חולקת על דבריו של שר הביטחון לפיהם מאחזים הוקמו על קרקעות פרטיות של פלסטינים מחמת השתלטות מתנחלים על קרקעות אלה. אני מסכימה עמו גם בכך.

אולם לא אוכל להסכים כי תיאור דברים זה הוא ממצה.
כפי שתיארתי לעיל, המעיין בתצלומי אוויר של ישובים ומאחזים בשטחי איו"ש, עליהם משורטטים תוואי אדמות המדינה, תחום שיפוט של יישוב, תחום ההקצאה, ותחומי תוכנית בת תוקף, אינו יכול להתעלם מהעובדה כי כמעט בכל תצלומי האוויר יש אי התאמה מסויימת בין הנתונים. אין חפיפה מלאה, אלא חלקית בלבד, בין תחום שיפוט לבין קו אדמות המדינה; אין חפיפה מלאה בין קו אדמות המדינה לבין תוכניות כך שלעיתים נראה כי חלה במקום פלוני תוכנית בת תוקף, אך חלקה "נופל" לתוך קרקע שאינה אדמת מדינה כלל.
אין חפיפה בין תחום ההקצאה של קרקע להסתדרות הציונית לבין קו אדמות המדינה באותו שטח. חלק מתחום ההקצאה – כולל קרקעות שאינן אדמות מדינה, חלקן אדמות סקר וחלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים.

צוות קו כחול בודק לפי בקשת הממונה, קרקעות **המיועדות** להקצאה על ידי הממונה. אולם מדובר **אך ורק בהקצאות חדשות, ולפי שיקול דעת הממונה.**

כמובן שיש לברך על עבודה זו שנעשית על ידי הצוות. אולם אין בכך די כדי לתת תשובה לבעיה בכללותה.

ישנן קרקעות רבות מאד שהוקצו על ידי הממונה לחטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית בעבר. קרקעות אלה הוקצו על ידי החטיבה לאחרים, בין לפי ההרשאה ובין בניגוד לה. קרקעות אלה כוללות גם קרקעות שאינן אדמות מדינה. בקרקעות אלה תיעשה בשלב זה או אחר בניה. וכן בקרקעות אלה נעשה שימוש אף לא לבניה – כמו ניצולן לצרכי חקלאות או תעשיה. ככל שמדובר בקרקע שאינה אדמות מדינה – יש להפסיק את השימוש בה, יש לבטל את ההקצאה שלה, אין להתיר לתכנן עליה תוכנית ואין להתיר לבנות עליה.

צוות קו כחול אינו מטפל בקרקעות אלה, שהן רוב הקרקעות הרלוונטיות, ואין לו המשאבים הנחוצים לטיפול כאמור.

לכן אינני מסכימה עם שר הביטחון שאין מקום להפסיק הקצאת קרקעות ושימוש בקרקעות ללא בדיקה בדבר זכויות המדינה בקרקע.

עמדתי היא שהקצאת קרקעות שאינן אדמות מדינה להקמת ישובים – אינה עולה בקנה אחד עם החלטת בג"צ בפרשת אלון מורה, ומנוגדת להחלטת הממשלה משנת 1979.

לפיכך יש מקום לגבש הנחיות חדשות בנושא, לגבי הקצאות חדשות, הקצאות ישנות, והנחיות לועדות התכנון.

<u>לגבי הקצאות חדשות:</u>

התוצאה המתחייבת היא שיש להפסיק להקצות קרקעות הן בהקצאה ראשונה והן בהקצאה משנית, **עד שתיערך בדיקה חוזרת** של טיב הזכויות בקרקע בכל מקום ומקום שתתקבל לגביו החלטת ממשלה על הקמת יישוב או הרחבת יישוב קיים. בדיקת שאלת הבעלות על הקרקע צריך שתיעשה רק לאחר קבלת החלטה על ידי הממשלה בדבר הקמת ישוב או הרחבתו. אין להקצות עוד קרקעות אלא בכפוף לבדיקה חוזרת של שאלת בעלות המדינה בקרקע.

בדיקת טיב הזכויות בקרקע טרם ההקצאה, צריכה להיעשות לפי **הנחיה כללית** שתינתן על ידי ראש המינהל האזרחי ואין להסתפק בבקשה כאמור שתבוא בעניין מהממונה, לפי שיקול דעתו בלבד.

<u>לגבי הקצאות ישנות:</u>

יש לבצע בדיקה חוזרת של טיב הזכויות בקרקעות שהוקצו כבר. המלצתי זו יש לקרוא יחד עם המלצותיי לגבי החטיבה להתיישבות, שכן קרקעות שהוקצו בעבר, ושיחזרו לניהול הממונה, ניתן יהיה שלא לבצע את הבדיקה המוצעת אלא אם תהיה כוונה להקצותן שנית.

<u>הנחית ועדות התכנון:</u>

כמו כן יש להנחות את ועדות התכנון שלא לאשר תוכנית, מעתה ואילך, **טרם שנעשתה בדיקה חוזרת** בדבר היותן של הקרקעות המתוכננות בגדר אדמות מדינה. יש לחייב את ועדות התכנון לקבל אישור מיוחד מראש המינהל האזרחי שיאשר כי נעשתה בדיקה חוזרת בדבר זכויות המדינה בקרקע המתוכננת.

<u>קריטריונים להקצאת קרקעות</u>

לא ברור לי עד כה מהם הקריטריונים להקצאת קרקעות. הקצאה יכולה להיות למטרות הקמת יישוב, או שימוש חקלאי (רעייה, זריעה, נטיעה וכו') או שימוש תעשייתי (הקמת מבנים לצורכי תעשייה), או מסחרי (כמו תחנות דלק למשל, חנויות וכו'). מהם הקריטריונים להקצאת קרקע כאמור? תשובה על כך אין בידי. אני סבורה כי יש לקבוע קריטריונים להקצאת הקרקעות בשטחי איו"ש, כנהוג בישראל.

<u>פתיחה בנוהל אדמות סקר במאחזים בלתי מורשים</u>

כפי שפרטתי, פתיחה בנוהל אדמות סקר מסורה בידי ע' שר הביטחון להתיישבות. מתברר כי ישנן בקשות להכריז על אדמות סקר עליהן הוקמו מאחזים בלתי מורשים, כעל אדמות מדינה (ראה פירוט בסעיף 4.2.2.2 לעיל). לגבי חלק מהמאחזים - הוצא צו תיחום, וצו התיחום עמד בביקורת בג"צ והוא סופי וחלוט.

המשך הליכי הסקר בקרקעות אלה הוא בבחינת תרתי דסתרי. מה הטעם בהכרזה על קרקעות כאמור כאדמות מדינה כאשר התקבלה כבר החלטה של הדרג המדיני, ושל מי שאמון על אכיפת החוק בשטחים, באישור בג"צ, שיש לפנות את המאחז? והרי עצם ההכרזה על הקרקע כאדמות מדינה אינה מאפשרת הקמת מאחז שהרי לשם כך יש צורך ראשית לכל – בהחלטת הממשלה כולה, וכמובן תוכנית מפורטת בת תוקף שגם לה נחוץ אישור הדרג המדיני. משלא ניתנה הסכמת הדרג המדיני להקמת המאחז, ודאי משהביע הדרג המדיני עמדתו לגבי **הצורך בפינוי המאחז**, אין מקום לעריכת נוהל אדמות סקר באותם מאחזים.

לפיכך אני סבורה כי ראשית דבר יש לקבוע כי לא תוגש בקשה, ולא תיבדק בקשה אם הוגשה בעבר, להכרזת קרקעות סקר כאדמות מדינה במאחזים שהוצא לגביהם צו תיחום.

אך בכך אין די. הקמתו של יישוב, כפי שפירטתי לעיל, טעונה החלטת ממשלה – כקבוע בהחלטות הממשלה. כך גם קובעת הנחית היועץ המשפטי לממשלה. נראה לי כי עד שממשלת ישראל אינה מביעה עמדה בדבר הצורך בהקמת יישוב מסוים באזור פלוני – אין כל מקום לפתיחה בנוהל אדמות סקר. נוהל אדמות סקר אינו נעשה בעלמא. זוהי תחילת הדרך לתפיסת קרקעות בשטחי איו"ש לצורך הקמת יישוב ישראלי. הקמת יישוב ישראלי, כבר נאמר לעיל, היא החלטה כבדת משקל מחמת מגוון שיקולים. אין כל טעם להתחיל בנוהל אדמות סקר, המחייב בדיקות והשקעת משאבים, מקום שאין החלטת ממשלה לגביו כמקום המיועד – להשקפת הממשלה – להקמת ישוב ישראלי. לכן אני סבורה כי רק מקום שהממשלה החליטה כי היא רואה בו פוטנציאל להתיישבות – יש מקום להתחיל בנוהל אדמות סקר.

ודאי שאין להתחיל בנוהל אדמות סקר במקום שהוקם עליו מאחז בלתי מורשה שאין לגביו החלטת ממשלה להפכו ליישוב מוכר. תחילת נוהל אדמות סקר במקום עליו הוקם מאחז – עלול להראות כמעין אישרור המעשה הבלתי חוקי שבהקמת המאחז. יש בכך משום עידוד להפרת חוק והוא מנוגד לאינטרס הציבורי הכללי של עיקרון שילטון החוק. לפיכך נראה לי כי ראוי לקבל החלטת ממשלה שאין מקום להורות על פתיחה בנוהל אדמות סקר בקרקע עליה הוקם מאחז בלתי מורשה, ומכל מקום יש צורך בהחלטת ממשלה עקרונית לאישור המאחז הבלתי מורשה כיישוב מוכר במידה וניתן יהיה להכריז על הקרקע כאדמות מדינה, ורק אז ניתן יהיה לפתוח בנוהל אדמות סקר לגביו.

בנוסף, אני סבורה כי ההחלטה על פתיחה בנוהל אדמות סקר, צריכה להתקבל על ידי שר הביטחון או סגנו, ואין להאצילה לאחר.

<u>המלצה</u>

א. אני ממליצה בפניך כי תנחה את שר הביטחון לעשות את אלה:

<u>לגבי הקצאות חדשות:</u>

(1). שר הביטחון יורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי להפסיק להקצות קרקעות בשלב זה.

(2). שר הביטחון יורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי לערוך בדיקה פרטנית לברור טיב הזכויות בקרקע שתבוא בקשה להקצותה. לא תוקצה עוד קרקע שאינה אדמת מדינה.

(3). **החלטה על הקצאה מחודשת תתקבל רק לאחר שינתן אישור בכתב על ידי ראש המינהל האזרחי לממונה כי נערכה בדיקה מחודשת בהתאם להחלטה זו, וכי הקרקע שהקצאתה מבוקשת עברה בירור חוזר ועדכני ונקבע כי היא אדמת מדינה. ללא אישור בכתב כאמור לא יקצה הממונה קרקע.**

<u>לגבי הקצאות ישנות:</u>

(4). **ראש המינהל האזרחי יונחה לבדוק באופן שיטתי את הקרקעות שהוקצו בעבר על ידי הממונה לגוף מיישב, בהם לחטיבה להתיישבות, ולבחון האם הקרקע היא בגדר אדמת מדינה. קרקע שיתברר כי אינה בגדר אדמת מדינה – אין להתיר לגביה שימוש על ידי מקבלי ההקצאה, או תכנון תוכנית.**

ב. **הנחית ועדות התכנון**

ראש המינהל האזרחי יורה לועדות התכנון שלא לאשר תוכנית למטרת התיישבות ישראלית אלא אם נערכה בדיקה חוזרת והתברר כי התוכנית חלה על קרקעות שהן בגדר אדמות מדינה. אישור שנערכה בדיקה חוזרת כאמור יינתן על ידי ראש המינהל האזרחי.

ג. **קביעת קריטריונים להקצאת קרקעות**

ראש המינהל האזרחי בשיתוף עם היועץ המשפטי ליהודה ושומרון, ענף הדין הבינלאומי והפצ"ר ייקבעו קריטריונים להקצאת קרקעות למטרות שונות. לאחר שיגבשו קריטריונים – אלה יועברו לאישור שר הביטחון, ואישור היועץ המשפטי לממשלה אם ימצא לנכון לעשות כן.

ד. **אני ממליצה כי תתקבל <u>החלטת ממשלה</u> כלהלן:**

פתיחה בנוהל אדמות סקר בשטחי איו"ש

(1) לא תוגש בקשה לפי נוהל אדמות סקר, ולא תיבדק בקשה כאמור אם הוגשה בעבר, להכרזת קרקעות סקר כאדמות מדינה, במאחזים בלתי מורשים שהוצא לגביהם צו תיחום לפי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה), מספר 1539.

(2) לא תוגש בקשה לפי נוהל אדמות סקר, ולא תיבדק בקשה כאמור אם הוגשה בעבר, להכרזת קרקעות סקר כאדמות מדינה, לגבי קרקעות עליהן ממוקמים מאחזים בלתי מורשים אלא אם החליטה הממשלה קודם כל לבחון ייתכנות הפיכת המאחז הבלתי מורשה ליישוב מוכר.

(3) לא תוגש בקשה לפי נוהל אדמות סקר, ולא תיבדק בקשה כאמור אם הוגשה בעבר, להכרזת קרקעות סקר כאדמות מדינה, אלא אם החליטה הממשלה קודם לכן, החלטה עקרונית בדבר כוונתה להקים באזור המסוים ישוב ישראלי.

(4). לא תוגש בקשה לפתיחה בנוהל אדמות סקר אלא באישור שר הביטחון או סגנו.סמכות זו לא תואצל לאיש בלתם. לא תקודם בקשה לפי נוהל אדמות סקר המצויה כבר בהלכי בדיקה במנהל האזרחי אלא אם יאשר שר הביטחון שיש לקדמה וכי החלטת ממשלה זו יושמה לגביה.

9.1.2.2 <u>טענת רכישות קרקע באיו"ש על ידי ישראלים - עליהם הוקמו מאחזים ורישום ראשון</u>

חלק מהמאחזים מוקמו על קרקעות פרטיות של פלסטינים. בחלק מהמקרים טוענים המתנחלים כי רכשו את הקרקע מבעליה הפלסטינים.

כידוע ערב מלחמת ששת הימים רוב הקרקעות באיו"ש לא עברו הסדר מקרקעין. משנכנס צה"ל לשטחים, הסדיר מפקד האזור בצו, עוד בשנת 1968 הפסקת הליכי הסדר מקרקעין (**צו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) (291), תשכ"ח – 1968**). מכאן שלרוב הקרקעות באיו"ש אין בעלים רשום בהסדר מקרקעין.

טענות על רכישה יש להוכיח, והוכחה היא בעייתית בקרקעות שלא עברו הסדר. יש לציין כי במקרים לא מעטים, פרט לטענות רכישה – לא ננקטו צעדים משפטיים של ממש בדבר הוכחת הבעלות, ולא ננקטו הליכי רישום ראשון לרישום הקרקע על שם הטוען לרכישה בקרקע שלא עברה הסדר.

לגבי עצם הטענה על רכישת בעלות בקרקעות שלא עברו הליך של הסדר, ללא נקיטה בצעדים לרישום ראשון, ואף נקיטה בהם בלי להציג את המסמכים המתחייבים – אין בכך כדי לאשש טענת בעלות, ראה בעניין זה בג"צ 7439/04, **משה זר ואח' נגד האלוף קפלינסקי ואח'** (טרם פורסם). (רק אזכיר כי רכישת זכויות בקרקע אין בהן די כדי להפוך מאחז למורשה).

בכל הנוגע להליכי רישום ראשון, יש להקדים ולומר כי כוננה ועדת בדיקה מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה בראשות פרופ' איל זמיר מהאוניברסיטה העברית בירושלים, שמתפקידה לבדוק את נהלי הרישום הראשון באיו"ש – נושא שהועלו לגביו טענות שונות, ובעקבותיהן כוננה הועדה.

נמסר לי כי הועדה טרם החליטה אם תדון, בנוסף לנהלים המתחייבים לצורך רישום ראשון גם בשאלות של הדין המהותי.

אחד הנושאים הקרדינאליים שיש להם רלוונטיות לנושא ההשתלטות על קרקעות בשטחים, לרבות בדרך של הקמת מאחזים, הוא נושא ההתיישנות, ודרכי רכישת בעלות לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומני.

לפי סעיף 20 לחוק הקרקעות העותומני המתייחס למקרקעי מירי רשומים, נקבעה תקופת התיישנות דיונית בת 10 שנים לטובת המחזיק בקרקע כבעלים באופן המנוגד לזכות הבעלים הרשום (חזקה נוגדת).

מרוץ ההתיישנות נפסק רק עם הגשת תביעה לבית המשפט המוסמך. אין די בהגשת תלונות לרשויות כדי לעצור את מרוץ הזמן.

כמו כן לפי סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומני, המחזיק בקרקע מירי או הקדש 10 שנים רצופות בלי ערעור, יכול לרכוש זכות בעלות.

לא פעם חזינו בהשתלטות מתנחלים על קרקעות פלסטיניות פרטיות – בדרך של עיבוד הקרקע; נטיעה וזריעה; ישיבה פיזית בשטח תוך יצירת איום, גידור השטח ומניעת גישה; סלילת דרכים; הצבת עמודי תאורה; הצבת מבנים וקרוונים; השתלטות על מערות ועוד.

הוראות החוק לעיל עלולות להצמיח טענות בדבר רכישת זכויות על אף שאלה נעשו בדרך לא דרך, ולמעשה יהיה בכך משום מתן גושפנקא למעשי עבירות. מצב ארעי כאמור של תפיסת קרקע, עלול

להצמיח זכות משפטית, וזאת אני כותבת למרות הכלל המשפטי הידוע כי מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה.

ניסיון החיים מלמד כי על אף שלא פעם נעשתה השתלטות בלתי מורשית על קרקעות פרטיות פלסטיניות – כמעט שלא הוגשו תביעות לבתי משפט בנושא. ניתן להסביר זאת בכמה דרכים – העדר בית משפט מקומי אליו ניתן לפנות; אי ידיעה על ההשתלטות בין השאר מחמת הגבלות התנועה הקשות בשטח; חוסר אמון עמוק לבתי המשפט בישראל אליהם ניתן לפנות; העדר אמצעים להתמודדות המשפטית; העדר גישה לבית המשפט המתאים בישראל; ואולי אף הטלת מורא על ידי מי מהמתנחלים שהשתלטו בפועל על הקרקע.

מאחר שועדת פרופ' איל זמיר עוסקת בנושא רישום ראשון, ויש קשר בין נושא זה לבין הבעיה עליה אני מצביעה בתת פרק זה, אני סבורה כי יש מקום שהיועץ המשפטי לממשלה ינחה את הועדה לדון בדרכים האפשריות לחסום רכישת זכויות בקרקע על ידי עיבוד וחזקה של מתנחלים במאחזים בלתי מורשים וסביבותיהם, שתפסו חזקה בקרקע שלא כדין.

9.1.2.3 <u>רכישת קרקע על ידי ישראלים דורשת רישיון</u>

עניין נוסף המחייב התייחסות בקשר לרכישות קרקע בשטחים על ידי ישראלים הוא **העדר הצורך באישור דרג מדיני לרכישה.**

עניין זה יש להסביר:

רכישת קרקע, ככלל, נעשית לצורך תכלית עתידית באותה קרקע. איש איננו רוכש קרקע בעלמא. בין אם למטרות בניה, בין אם למטרות מסחריות (כמו הקמת תחנת דלק או חנויות או שירותים), ומטרות עתידיות אחרות.
אין מקום לפיקוח מיוחד על רכישת קרקע בתוך תחום ישראל, שהרי הנושא הוא בתחום האוטונומיה הפרטית של כל אחד.

לא דומה רכישת קרקע בשטחי איו"ש לזו שבישראל. לכל רכישת קרקע בשטחים על ידי ישראלי, לצורך שימוש עתידי באותה קרקע, יש נפקות מדינית וביטחונית. אינני סבורה שיש להרחיב בעניין והרי הדברים ברורים.

מחמת המשמעות המיוחדת של רכישת קרקע על ידי ישראלים בשטחים, קבעה הממשלה בהחלטה מספר 1077 מיום 16.9.79 כי ישראלים יהיו רשאים לרכוש קרקע בשטחים בהתאם לדין ולתחיקת הביטחון ובכפוף להנחיות שייקבעו על ידי ועדת שרים לענייני ביטחון.

ביום 6.11.79 בהחלטה מספר ב/ 9 קבעה ועדת שרים לביטחון הנחיות לרכישת קרקע על ידי ישראלים בשטחים.
החלטת הממשלה 1077, והחלטה ב/9 רצ"ב ומסומנים כ**<u>נספח 9</u>** לחוברת ג'.

באופן כללי ניתן לומר כי הנחיות ועדת השרים היו אלה: הועדה חזרה על הצורך ברישיון בדבר עסקה במקרקעין לפי **הצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה ושומרון) (מס. 25) תשכ"ז – 1967** (צו אלוף הפיקוד המסמיך "רשות מוסמכת") וקבע כי:

> "לא יעשה אדם עיסקה במקרקעין, בין בעצמו ובין על ידי אחר, בין במישרין ובין בעקיפין, אלא ברישיון מהרשות המוסמכת. הרשות המוסמכת רשאית לתת רישיון בין על פי בקשת הצדדים לעיסקה, או חלק מהם, או כל אדם מעוניין אחר, ובין ללא בקשה כאמור";

הועדה קבעה את הרשויות הבודקות ומאשרות עסקה, וקבעה כללים להפעלת שיקול הדעת של כל רשות בודקת לצורך מתן רישיון לרכישה.

בהתאם להנחיות ועדת השרים, הרשויות הבודקות ומאשרות הן: הממונה; קמ"ט משפטים; מפקד האזור; רכישה בתוך ריכוז אוכלוסייה מקומית טעונה אישור שר הביטחון.

<u>הנחיותיה הן:</u>

קמ"ט משפטים יוודא כי פרטים שירכשו קרקע באזורים עירונים או מעין עירוניים – יעשו כן רק למטרת מגורים או ניהול עבודתו של הרוכש; פרטים רשאים לשכור קרקע ללא הגבלה מבחינת המקום או המטרה; תאגידים רשאים לרכוש מקרקעין ללא הגבלה של המקום או המטרה אם מדובר בתאגיד מסחרי או תעשייתי והוא רשום ביהודה ושומרון.

קמ"ט משפטים ומפקד האזור יתחשבו בשיקולים הבאים: תינתן עדיפות לגוף הפועל מטעם המדינה; באיתורים המיועדים ליישובים יהודיים יינתן הרישיון רק אם הרכישה נעשית עבור הגוף המיישב ובאישורו; גרעין ההתיישבות המבקש לרכוש את השטח המיועד להקמת היישוב יקבל רישיון אם הרכישה תאושר על ידי הגוף המיישב; יינתן רישיון לרכישה לצורך הרחבת יישוב קיים; הרשות המוסמכת תוכל לסרב לתת רישיון על יסוד שיקולים מיוחדים של טובת הציבור (חשד למעשי הונאה למשל).

אני סבורה כי הנחיות אלה אינן מתאימות עוד, ויש לגבש החלטות המתאימות לנסיבות החיים המשתנות ולצרכי ישראל היום.

אני סבורה כי ההנחיה לפיה מותר לתאגיד לרכוש מקרקעין בכל מקום ולכל מטרה, גם אם מטרותיו הן מסחריות או תעשייתיות והוא רשום ביהודה ושומרון – מהווה למעשה "מסלול עוקף" של כל יתר ההוראות שאמורות לחול על רכישת קרקע לצורכי התיישבות. תאגיד יכול להירשם כאמור, לרכוש קרקע, ולהקים יישוב, או להעביר את הבעלות בה לאחרים בשלב אחר למטרות הקמת יישוב;

כמו כן, מתן רישיון לרכישת קרקע לגוף מיישב, אף היא לוקה במציאות של ימינו. הנה עיננו הרואות שהגוף המיישב – קרי, ההסתדרות הציונית ואחרים – אינו שועה כלל להחלטות הממשלה בכל הנוגע לאישור הקמת יישוב חדש בשטחים. מתן רישיון לגוף כזה לרכוש קרקע באופן חופשי רק מקלה עליו לעשות ככל העולה על רוחו בשטחים.

<u>המלצות</u>

אני סבורה כי יש להביא לשינוי משמעותי בהחלטת הממשלה בדבר רכישת קרקעות בשטחים על ידי ישראלים. אני סבורה כי רכישת קרקעות בשטחים לא צריכה להיעשות ללא **אישור של הדרג המדיני.** לפי תחיקת הביטחון החלה כיום יש צורך באישור, אך אין חובת אישור על ידי שר הביטחון.

אני מציעה כי הממשלה תקבע בהחלטה כלהלן:

רכישת קרקע בידי ישראלים בשטחי איו"ש טעונה הסכמת שר הביטחון. הסכמת שר הביטחון תינתן בכתב. שר הביטחון לא יאציל את סמכותו לפי החלטה זו לאחר, למעט סגנו.

החלטת הממשלה תעוגן בתחיקת הביטחון על ידי תיקון מתאים של הצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה ושומרון) (מס. 25) תשכ"ז – 1967

9.1.3 דרישה לחתימת הממונה על היתרי בניה באדמות מדינה

כפי שכבר כתבתי לעיל, רוב הקצאות הקרקע לגוף מיישב נעשו לחטיבה להתיישבות. טרם שנת 1996 הוקצו קרקעות להסתדרות הציונית בהרשאה לתכנון ופיתוח; משנת 1996, לאור החלטת ממשלה 150 נעשו הקצאות להסתדרות הציונית לצורכי תכנון בלבד. בפרקטיקה, מעת שהוקצו הקרקעות להסתדרות הציונית, זו לא חזרה אל הממונה, בין אם הקרקע הוקצתה לה לתכנון ופיתוח ובין אם הוקצתה לה לתכנון בלבד. ההסתדרות הציונית לא ביקשה מהממונה אישור להקצאת משנה; ההסתדרות הציונית התעלמה מן ההקצאה לצורכי תכנון בלבד והקצתה את הקרקעות לאחרים (כאמור משנת 1996 ואילך). חלק מהמאחזים הבלתי מורשים הוקמו על קרקעות אלה.

עוד מתברר כי משניתן תוקף לתוכנית מפורטת שחלה על שטח שהוקצה כאמור, **מונפקים היתרי בניה ללא חתימת הממונה** – וזה שלא כמו בישראל, בה נדרש מינהל מקרקעי ישראל לחתום על היתר בניה המבוקש לפי תוכנית מפורטת.
למעשה, משהיקצה הממונה קרקע לתכנון בלבד; החטיבה מכינה תוכנית מפורטת; הממונה חתם עליה כנציג הבעלים; החטיבה מגישה אותה לועדות התכנון – מרגע זה אין הממונה שותף עוד עם המוצאות של אותה קרקע.

דרך העניינים הרגילה מחייבת הסדרת הסכם משולש לבניה ושימוש בקרקע, בין נציג הבעלים – הוא הממונה, לבין החטיבה להתיישבות שהיא הגוף המיישב, לבין המתיישב שאמור לבנות את ביתו במקום. אלה הכללים החלים בישראל. מטעם זה, בין השאר, נדרשת חתימת מינהל מקרקעי ישראל על היתר בניה. טרם הסדרת היחסים החוזיים – לא יחתום מינהל מקרקעי ישראל על היתר בניה.

שונה הדבר בשטחים בכל הנוגע לקרקעות שהוקצו להסתדרות הציונית.

למעשה, מעת שהיקצה הממונה קרקע להסתדרות הציונית - נותק הקשר בינו לבין הקרקע. בין השאר מטעם זה לא הוסדרו יחסים חוזיים בין הממונה לבין המתיישבים, ולא שולמו כספים לממונה עבור השימוש בקרקע.

לפיכך יש מקום לדרוש כי לא יונפק עוד היתר בניה על ידי ועדת תכנון אלא אם הממונה אישר את הסכמתו לכך בחתימתו. חתימת הממונה תעשה רק לאחר שמערכת היחסים החוזית והכספית תוסדר כראוי בין הצדדים.

הסדר כמוצע לעיל יתרום למניעת הקצאות הקרקע על ידי החטיבה להתיישבות בניגוד להרשאה, שכן הממונה לא יחתום על היתר בניה מקום שהקרקע הוקצתה להסתדרות הציונית לתכנון בלבד.

<u>המלצות</u>

אני ממליצה בפניך כי תנחה את שר הביטחון להורות למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי כי:

א. ועדת תכנון לא תדון בבקשה להיתר בניה ולא תוציא היתר בניה בקרקעות מדינה, טרם שהממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש יאשר בכתב כי הוא מסכים לכך.

ב. הממונה לא יחתום על היתר בניה כאמור טרם שהוסדרה המערכת החוזית בין הממונה לבין החטיבה, בין הממונה לבין המתיישבים, וטרם הסדרת התשלומים הכרוכים בכך.

ג. הממונה לא יחתום על היתר בניה מקום שהקרקע הוקצתה להסתדרות הציונית למטרת תכנון בלבד.

9.1.4 שלבי תכנון תכנית מפורטת וקבלת אישור הדרג המדיני הנדרש לקידומם

כאמור, מחמת הפרשנות שנהגה במנהל האזרחי להחלטת 1984, והחלטת 1999 עד כה - לא נדרש מי ממגישי תוכנית להציג אישור הדרג המדיני המתאים כתנאי לדיון בתוכנית בועדות התכנון.

הפרשנות להחלטות הממשלה שנהגה עד כה אפשרה למעשה לעקוף את הצורך בהחלטת ממשלה על הקמת יישובים חדשים, ואפשרה ל"דלג" על הצורך בהסכמת ראש הממשלה ואישור שר הביטחון להרחבה של יישוב קיים. זאת אין לאפשר עוד.

בפרק העוסק בהחלטות הממשלה הנדרשות, הצעתי לשנות את החלטת 1999. בין אם הצעתי תתקבל ובין אם לאו, אני סבורה כי יש לקבוע שתנאי לדיון בתוכנית בועדות התכנון של המינהל האזרחי יהיה הצגת החלטה או אישור דרג מדיני מוסמך, בין על החלטה על הקמת יישוב חדש; בין אם החלטה על הרחבה לישוב קיים.

בנוסף, יש להציג אישור שר הביטחון להרשאה לתכנון (לפי החלטה 150).

לגבי השאלה אם המבוקש הוא בגדר יישוב חדש או הרחבה של יישוב קיים –

אם תתקבל הצעתי בנוגע לשינוי החלטת ממשלה 1999 בדבר הרחבות באיו"ש, וייקבע כי יש צורך בהחלטת ממשלה, בין אם מדובר בהרחבה ובין אם מדובר בהקמת יישוב חדש, אזי לא יהיה צורך בפרשנויות מהי הרחבה ומהו ישוב חדש.

אשר על כן אני סבורה כי יש לקבוע שמעתה ואילך **תידרש הצגה בכתב של אישור הדרג המדיני בהתאם לקבוע בהחלטות הממשלה שלעיל כתנאי לדיון ועדות התכנון בתכנית.**

<u>המלצה</u>

אני ממליצה בפניך כי תנחה את שר הביטחון לפעול כלהלן:

שר הביטחון יורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי כי ינחו את ועדות התכנון, שתנאי לדיון בתוכנית יהיה הצגת אישור דרג מדיני מתאים על החלטה בדבר הקמת יישוב חדש או הרחבת בניה ליישוב קיים, וכן הרשאה לתכנון שניתנה על ידי שר הביטחון.

9.1.5 הוצאת התרי בניה לפי תוכנית מנדטורית בת תוקף

כבר ביארתי לעיל כי ניתן להוציא היתר בניה כדין לפי תוכנית מנדטורית בת תוקף, באותם אזורים בהן היא חלה. הוצאת היתר בניה כרוך באישור ועדת משנה לרישוי, או ועדת משנה לתכנון מקומי (להלן: **"ועדות לרישוי")**. **לצורך הוצאת ההיתר אין כל צורך באישור שר ביטחון,** ולמעשה הוא אף אינו יודע כי ניתן היתר כאמור. כבר הצבעתי על כך כי היתר בניה כאמור מנוצל בחלק ניכר מהמקרים להקמת מאחזים, בדרכים שונות.

התוצאה לפיה נעשית בניה בשטחים, לכאורה כדין, לפי היתר בניה, וזאת ללא אישור הדרג המדיני - נראית לי מנוגדת לרוח החלטות הממשלה עצמה, ומנוגדת לשכל הישר ולשיקולי מדיניות וביטחון. החלטת הממשלה מ- 1996 קבעה כאמור כי כל הקצאה של שטח וכל תכנון של תוכנית – מחייבים אישור שר ביטחון. לא רק עצם ההחלטה על תכנון תוכנית, אלא שבשני שלבים מאוחרים יותר של אישור תוכנית (אישור לדיון ואישור לפרסום לתוקף) – נדרש אישור שר הביטחון. להחלטה זו רציונאל מדיני וביטחוני מובהק וברור.
מתן היתר בניה לישראלי לפי תוכנית מנדטורית, מאפשרת לו להקים מבנה אחד למגורים. המצב הביטחוני בשטח איו"ש אינו קל כידוע, וזאת בלשון המעטה. בית של ישראלי מהווה, על פניו, יעד לפעולות טרור. ודאי כאשר מדובר בבית בודד, (שהרי ניתן להקים מכוח תוכנית מנדטורית בית אחד

בלבד בחלקה שאינה קטנה מדונם אחד אך יכולה להיות גדולה ממנה בהרבה). מכאן ברור שנדרשת הגנה צבאית על הבית ודייריו.
לא יתכן כי כל אדם הזכאי להיתר בניה כדין – יחייב בפעולותיו פרישה שונה של כוחות צה"ל באזור. כאשר נדרש צה"ל לספק הגנה למקום פלוני – עליו להוציא כוחות ממקום אחר. יריעת הביטחון היא קצרה כידוע.

נראה לי אם כן כי המצב המשפטי לפיו ישראלי יכול לקבל היתר בניה כדין בשטחים ללא אישור דרג מדיני, חותר תחת רוח החלטת הממשלה מ- 1996, ותחת האינטרסים של המדינה. מצב זה יש לשנות.

מאחר שהשיקול המרכזי לאשר או לסרב לאשר מתן היתר בניה כאמור על בסיס תוכנית מנדטורית הוא השיקול הביטחוני, יש לעשות שימוש **בצו בדבר הפיקוח על הבניה (יהודה ושומרון) (מספר 393), תש"ל – 1970**. סעיף 2 לצו, שכותרתו: "סמכות מפקד צבאי" קובע:

> "מפקד צבאי רשאי בצו לאסור בניה או להורות על הפסקתה או להתנות תנאים לבניה אם הוא סבור שהדבר דרוש לביטחון כוחות צה"ל באזור או להבטחת הסדר הציבורי"

צו זה מקנה למפקד האזור סמכות למנוע בניה אם אחד משני טעמים מתקיים: אם מניעת הבניה דרושה לביטחון כוחות צה"ל; או שמניעת הבניה דרושה לשם הבטחת הסדר הציבורי. נראה ששני הטעמים עלולים להתקיים במקום שמבוקש לגביו היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית. יתכן שבעצם הקמת המבנה יהיה משום מניע להפרת הסדר הציבורי – אם המבנה המבוקש נמצא קרוב לישוב פלסטיני או טמונה רגישות כלשהי בקשר לאותו מקום או מטעם אחר.
אפשרות אחרת היא שמפקד האזור יגיע למסקנה כי הצבת חיילי צה"ל לשמור על המבנה יהיה בה משום פגיעה בביטחונם (בין אם מחמת הצבתם באותו מקום או מחמת העברתם ממקום אחר בו יחסרו כוחות), או מטעם דומה, רשאי מפקד האזור למנוע את בנית המבנה.

נראה לי על כן שיש מקום להנחות את מפקד האזור לקבוע בצו כי ועדת המשנה לרישוי, ולועדת המשנה לתכנון מקומי- שני סוגי הועדות המוסמכות ליתן היתר לפי תוכנית מנדטורית – לא יוציאו היתר בניה לישראלי מכוח תוכנית מנדטורית אלא אם יציג מבקש ההיתר הסכמה בכתב של מפקד האזור לבניה המבוקשת. מפקד האזור ישקול את השיקולים הרלוונטיים לכל בקשה כאמור על פי הצו בדבר פיקוח על הבניה ויחליט בה.

בנוסף לכך:

יש לקבוע כי מעתה נדרשת חתימת הממונה עצמו על בקשה להיתר בניה בקרקעות מדינה, ואין להסתפק עוד בחתימת ההסתדרות הציונית. בישראל נדרשת הסכמת מינהל מקרקעי ישראל למתן היתר בניה בקרקעות מדינה. אין סיבה שלא לחייב הסדר דומה בשטחים. עוד יש לקבוע כי הממונה, נציג הבעלים, יחתום על בקשה להיתר **רק אם אישר אותה שר הביטחון**. באופן זה ניתן יהיה להתגבר על הקושי הנוצר כאשר ניתן היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית ללא הסכמת הדרג המדיני.

תוצאת המלצות אלה תהיה, אם הן יאומצו, שללא הסכמת שר ביטחון למתן היתר בניה לפי תוכנית מנדטורית **בקרקעות מדינה** - לא יתבקש היתר כזה כלל.
גם אם יסכים שר הביטחון למתן היתר, עדיין תידרש הסכמת מפקד האזור לבקשת ההיתר. דרישה זו תחסום מתן היתר לבעלים של **קרקע פרטית** כאשר מפקד האזור יסבור שמטעמי ביטחון אין מקום למתן ההיתר. וכן, גם במקום ששר הביטחון הסכים למתן היתר בניה (בקרקעות מדינה), אך המבקש השתהה והגיש בקשתו כחלוף זמן, הרי הצורך באישור מפקד האזור יאפשר שלא ליתן את ההיתר אם נסיבות הזמן והמקום מבחינה ביטחונית יחייבו שלא לתיתו.
עלולה להישמע טענה כי התנאת מתן היתר בניה לבעלי קרקע פרטית, באישור מפקד צבאי עלולה לחייב את המדינה בפיצוי אם היתר כאמור לא יינתן. כשלעצמי אינני סבורה כך. קבלת היתר בניה בשטחי איו"ש לישראלי, איננה דומה לזכות בעלי הקרקע בישראל להיתר בניה. בכל פעולה קרקעית של ישראלי בשטחי איו"ש, מובנה השיקול המדיני והביטחוני. כל פעולה של ישראלי בהקשר זה טעונה היתר. למעשה הצעתי שלעיל מבוססת על צו קיים - **צו בדבר הפיקוח על הבניה (יהודה ושומרון) (מספר 393), תש"ל – 1970**, שרוכש הקרקע באיו"ש מוחזק כמכיר אותו ועליו לקחת במניין שיקוליו מראש את האפשרות שיעשה בצו שימוש. מטעמים אלה, בין השאר, אני סבורה כי לישראלי, בעלים כדין של קרקע בשטחים, שיסורב להיתר בניה מטעמי ביטחון כאמור, אין טענה מבוססת לפיצוי בגין סרוב.

<u>המלצות</u>

א. להנחות את שר הביטחון להורות לממונה כי כל בקשה של ישראלי להיתר בניה <u>באדמות מדינה</u> לפי תוכנית מנדטורית תיחתם מעתה על ידי הממונה, ובלבד שקיבל את אישורו המוקדם של שר הביטחון.

ב. שר הביטחון ינחה את המתאם וראש המינהל האזרחי כי ועדות לרישוי לא ידונו בבקשה להיתר בניה באדמות מדינה ללא חתימת הממונה על הבקשה.

ג. מפקד האזור יונחה לקבוע בצו כי ועדות לרישוי לא יתנו היתר בניה לישראלי מכוח תוכנית מנדטורית אלא אם הוצגה הסכמתו בכתב של מפקד האזור למתן ההיתר.

ד. ועדה לרישוי תיתן היתר בניה לישראלי רק לאחר שהמבקש יציג אישור על הסכמת מפקד האזור להיתר הבניה.

9.1.6 אספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים

מבוא

נושא אספקת החשמל למאחזים בלתי מורשים מחייב בחינת אלה:

הדין החל באזור איו"ש בכל הנוגע לחיבור מאחזים לרשת החשמל; חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל מנקודת ראות של חברת חשמל; חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל לפי אישור קמ"ט חשמל במנהל האזרחי; הנחיות ע' שר הביטחון להתיישבות לחיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל; חלופות אחרות לאספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים; העמדה הראויה לעניין חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל.

נעמוד על כל אחד מהאספקטים הנ"ל.

הדין החל באזור איו"ש בנוגע לחיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל

שני הסדרי חקיקה שהוציא מפקד האזור רלוונטיים לחיבור יישוב לרשת החשמל באיו"ש:

א. **צו בדבר עיסוק בחשמל (הסדרה והפעלה) (יהודה ושומרון) (מספר 427) תשל"א – 1971** מכוח צו זה הוסמכה חברת חשמל הישראלית לעסוק באספקת חשמל באזור. חברת חשמל הוגדרה כספקית חשמל, והוטלה עליה חובה לספק חשמל ליישובים באזור איו"ש.

ב. **צו בדבר חשמל (מתקן חשמל ועבודות חשמל) (יהודה ושומרון) (מספר 602) תשל"ה – 1975**. צו זה קובע בסעיף 2 שבו את הצורך בקבלת היתר מהממונה – קרי, קמ"ט חשמל במנהל האזרחי – לצורך ביצוע עבודות חשמל ולצורך הקמת מתקן חשמל כהגדרתו בסעיף 1 לצו, וכך קובע סעיף 2 לצו:

התקנת מתקן חשמלי
"(א) לא יתקין אדם מתקן חשמלי ולא ישנה בו שינוי יסודי אלא על פי היתר מאת הממונה ובהתאם לתנאי ההיתר"

מכאן יש לקבוע כי חיבור מאחז או מבנה לרשת החשמל מותנה בהסכמת קמ"ט חשמל.

המצב המשפטי בשטחי איו"ש הוא אם כן, שקמ"ט חשמל הוא הקובע, אם יש לתת היתר לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל. מצב משפטי זה שונה מהמצב בישראל, לפיו חיבור מבנה לרשת החשמל יעשה בהתאם להוראות חוק התכנון והבניה הישראלי והתקנות שהוצאו מכוחו.

בישראל, לא יחובר מבנה לרשת החשמל אלא אם הבניין הוקם בהיתר בניה והרשות המקומית אישרה כי הבניין שהוקם תואם להיתר הבניה. הדבר נובע מהוראות חוק התכנון והבניה (ראה סעיף 157א ל**חוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965**, וכן ראה סעיף 5 **לתקנות התכנון והבניה (אישורים למתן שירותי חשמל, מים וטלפון) התשמ"א - 1981**). ובלשון השגורה בפי כל – חברת חשמל לא תחבר מבנה לרשת החשמל אלא לאחר חתימת הרשות המקומית על "טופס 4" (כאמור בסעיף 5 לתקנות התכנון והבניה הנ"ל).

לא כך הוא המצב המשפטי באזור איו"ש. דיני התכנון והבניה החלים באזור כוללים את **חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מספר 79) לשנת 1966 וכן את הצו בדבר תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה ושומרון) (מספר 418) תשל"א – 1971**.

דינים אלה <u>אינם</u> מתנים חיבור לתשתיות – ובהן חיבור לרשת החשמל – בקבלת אישור תכנוני מרשות תכנון בקשר למבנה.

<u>השאלה היא אם כן – מהו שיקול הדעת שעל קמ"ט חשמל להפעיל בבואו לאשר או לדחות בקשה לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל בישראל.</u>

אני סבורה כי קמ"ט חשמל חייב לשקול שיקולים תכנוניים, שיקולים מתחום עקרון שלטון החוק ואכיפת החוק, ושיקולים מדיניים, בבואו לאשר או לסרב להוציא היתר לחיבור לרשת החשמל.

נדון להלן בשיקולים האמורים.

<u>שיקולים תכנוניים</u>

<u>הרציונל העומד ביסוד חוק התכנון והבניה מחייב כי לא יחובר מבנה בלתי מורשה לרשת החשמל</u>

חוק התכנון ובניה נועד להסדיר את הכללים החיוניים למגורי אדם בחברה מתוקנת. כללים אלה דורשים התחשבות במגוון רב של שיקולים, ביניהם הנדסיים, תכנוניים, חברתיים, תחבורתיים, כלכליים ואחרים. יש אינטרס ציבורי ברור כי בניין ייבנה ברישיון – הקובע את תנאי הבינוי בהתאם לתוכנית שהתחשבה במכלול השיקולים לעיל; יש אינטרס ציבורי כי רק בנין שנבנה ברישיון ובהתאם לתוכנית – יוכשר למגורים, בין השאר על ידי חיבורו לתשתיות שתכליתן לספק לדייריו תנאים חיוניים למגורים.
יש לקבוע על כן כי הרציונאל העומד ביסוד חוק התכנון והבניה הירדני מחייב כי חיבור מבנה או מאחז לרשת החשמל יוכל להיעשות רק אם המאחז הוקם כדין, ובין השאר לפי תכנית מפורטת, ניתן היתר בניה לפיה, והוא נבנה בהתאם לו.

<u>שיקולים מתחום עקרון שלטון החוק ואכיפת החוק</u>

א. ***<u>חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל פוגע בעקרון שלטון החוק ומעודד הפרת חוק התכנון והבניה</u>***

חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל פירושו מתן עידוד לבניה בלתי חוקית. חיבור מאחז כאמור לרשת החשמל פוגע בעיקרון שילטון החוק. מעביר מסר שלילי לציבור כי אפשר להתעלם מהחוק, שאין לו משמעות וערך.

ב. **<u>חיבור חשמל למאחז עלול להצמיח טענה בדבר חיבור מאחז בלתי מורשה לתשתיות נוספות (למים למשל)</u>**

מאחז שחובר לרשת החשמל עלול להישמע בטענה כי הוא זכאי לקבל חיבור גם לרשת המים. המינהל האזרחי שאישר את חיבור החשמל, יהיה חייב להסביר מדוע אינו מאשר חיבור לרשת המים. נראה על כן כי אישור החיבור לרשת החשמל עלול להציב קושי בפני המינהל האזרחי.

ג. **<u>חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל עלול להצמיח טענת אפליה של תושבי מאחז בלתי מורשה אחר שלא חוברו לרשת החשמל;</u>**

ד. **<u>חיבור מאחז בלתי מורשה עלול להיתפש כשותפות הרשויות בהפרת החוק</u>**

חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל עלול לבסס טענה שהרשויות שאישרו זאת ופעלו לחיבור המאחז הבלתי מורשה לרשת החשמל שותפות להפרת החוק שמתרחשת מעצם הקמתו של המאחז הבלתי מורשה. הקמת מאחז בלתי מורשה מהווה הפרה של חוק התכנון והבניה. מאחזים הממוקמים על קרקעות סקר ועל קרקעות פרטיות של פלסטינים עלולים להיחשב לכאורה כמי שעוברים עבירה נמשכת של הסגת גבול פלילית.

בהקשר זה יש לציין את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה שניתנה בעקבות דו"ח מבקר המדינה בנוגע למעורבות משרד הבינוי והשיכון בהקמת מאחזים בלתי מורשים, כי חל איסור על המדינה ועובדיה ליטול חלק בפעולות בלתי חוקיות. השיקולים עליהם הצבעתי לעיל עולים בקנה אחד עם הנחיה זו.

<u>שיקולים מדיניים</u>

א. **<u>קמ"ט חשמל אינו רשאי ליתן היתר שאינו עולה בקנה אחד עם החלטות הדרג המדיני</u>**

המאחזים הבלתי מורשים לא קיבלו אישור מדרג מדיני מוסמך להקמתם. המינהל האזרחי כפוף להנחית הדרג המדיני. הוא מהווה למעשה זרועו הארוכה. המינהל האזרחי אינו רשאי לבצע פעולה כלשהי, או ליתן היתר כלשהו, הנוגד את עמדת הדרג המדיני המוסמך, או אינו עולה בקנה אחד עם הנחיות הדרג המדיני.

משלא ניתנה הסכמת הדרג המדיני להקמת המאחז, ולא ניתנה הסכמת הדרג המדיני המוסמך לתוכנית – והרי זו כלל אינה חלה במקום, אין המינהל האזרחי רשאי להוציא היתר לחיבור חשמל. מי שאין לו רישיון לקום – ודאי שאין ליתן לו רישיון לחיבור לתשתיות כלשהן.

ב. <u>***חיבור מאחז בלתי מורשה עלול להיתפש כמתן לגיטימציה למאחז***</u>

יתר על כן - חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל עלול להתפרש כמתן לגיטימציה למאחז, גם אם מי שהחליט על חיבורו לרשת החשמל לא התכוון לכך. ראה בעניין זה דבריה של כב' השופטת דורנר בבג"צ 9195/03, **וינשטוק נ' הממונה על הרכוש**

הממשלתי בחבל עזה (שם) בדעת מיעוט שסברה כי הרשויות נהגו במאחז שירת הים בחבל עזה כביישוב לכל דבר ועניין לרבות חיבורו לרשת החשמל ולכן אין מקום להיעתר לדרישת המדינה להורות על פינוי שני יבילים ממנו.

<u>מסקנות</u>

שיקולים אלה מובילים למסקנה המשפטית כי כעיקרון קמ"ט חשמל מנוע מלאשר חיבור חשמל למאחז בלתי מורשה.מובן כי בצד הוראה כללית השוללת חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל, יש מקום להותיר שיקול דעת למקרים חריגים בהם ניתן יהיה להיענות לבקשה כאמור. מקרים אלה צריך שיהיו חריג שבחריג כאשר מבסס אותם טעם ביטחוני מיוחד בלבד. בעניין זה מן הראוי שיקבעו קריטריונים לאותו מקרה חריג. אני מציעה בהקשר זה כי היועץ המשפטי ליהודה ושומרון, יחד עם ראש המינהל האזרחי יקבעו קריטריונים. קריטריונים אלה יובאו לאישור היועץ המשפטי לממשלה, אם ימצא לנכון לעשות כן.

חוות דעתי זאת לעניין אי חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל, עולה בקנה אחד עם מכתב עוזר היועץ המשפטי לממשלה מיום 9.8.04 לפיו מודיע עוזר היועץ בשם היועץ המשפטי לממשלה כי אין לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל. עם זאת נאמר במכתב כי היועץ טרם חיווה דעה בשאלה האם ובאיזה מצבים יכולים שיקולים ביטחוניים להצדיק חיבור מאחז בלתי מורשה לתשתיות, **אולם מובן כי חיבור כאמור צריך להיעשות במקרים חריגים במיוחד.**

לאחר שבררנו את המצב המשפטי שחל, נבחן את שאלת חיבור המאחזים הבלתי מורשים לרשת החשמל מהפן העובדתי.

<u>חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל מהפן העובדתי</u>

ביקשתי מקמ"ט חשמל במנהל האזרחי למסור כעובדה, איזה מאחזים בלתי מורשים חוברו לרשת החשמל. בנספח המאחזים הבלתי מורשים, חוברת א' הרצ"ב מופיעה התייחסות ספציפית לשאלת חיבור כל מאחז ומאחז לרשת החשמל.

עיון ברשימה מלמד כי אין כלל אחיד. חלק מהמאחזים הבלתי מורשים חוברו לרשת החשמל וחלק לא.

בדקתי עם חברת חשמל מהם הקריטריונים לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל, וערכתי בדיקה דומה אצל קמ"ט חשמל במינהל האזרחי. עיקר הממצאים יפורטו לפניך בהמשך.

<u>חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל מנקודת ראות של חברת חשמל</u>

חברת חשמל מספקת חשמל ליישובים הישראלים, ולכפרים והערים הפלסטיניות בשטחים. הממונה על חיבור יישובי איו"ש לחברת חשמל הוא מנהל סניף ירושלים בחברת חשמל. הנתונים העובדתיים שהוצגו בפני בנוגע לפעולות חברת חשמל באיו"ש נמסרו על ידו.

מדיניות חברת חשמל בנוגע לחיבור המאחזים הבלתי מורשים לרשת החשמל הוצגה על ידו כך:

> "מעולם לא חיברנו **<u>במודע</u>** מאחז בלתי חוקי לחשמל. המדיניות שלנו היא – לחבר או לעשות חיבורים לרשת החשמל רק למקומות שעברו את ועדות התכנון הרלוונטיות; וכן שקיבלנו אישור מקמ"ט חשמל בהנחה שעליו היה

לעשות את עבודת המטה הכוללת בירור אצל לשכת התכנון במנהל האזרחי (מר מ.) כך עבדנו מאז ומתמיד" (ההדגשה במקור – ט.ש)

אין ללמוד מכך כי חברת חשמל לא חיברה מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל.

<u>הטעמים לכך, לפי טענת מנהל סניף חברת חשמל ירושלים הם אלה:</u>

א. אנשי חברת חשמל לא ידעו להבחין תמיד שהיישוב אליו מבקשים לחבר חשמל הוא מאחז בלתי מורשה. בין השאר בלבל אותם ריבוי השמות לאותו מאחז. כמו כן חלק מהמאחזים נקראים על שם "יישוב האם" (הוא היישוב שבשטח השיפוט שלו הוקם המאחז או היישוב הישראלי שנמצא בקירבת המאחז) כביכול מדובר בשכונה של אותו יישוב ותיק. בכך יש כדי לבלבל ולהביא לטעות בעובדה כאשר חברת חשמל סבורה שמדובר בשכונה של יישוב מוכר; המינהל האזרחי מאשר את החיבור, וחברת חשמל לא יודעת כי למעשה היא מחברת מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל.

ב. חברת חשמל נהגה לבקש אישור קמ"ט חשמל לבקשה לחיבור יישוב לרשת החשמל. כאמור, קמ"ט חשמל הוא הרשות המוסמכת לעניין זה. התברר לאנשי חברת חשמל, לתדהמתם, כי קמ"ט חשמל נתן אישור לחיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל. בראייתם של אנשי חברת חשמל, קמ"ט חשמל הוא הסמכות השילטונית שאמורה לבדוק בקשה לחיבור יישוב לרשת החשמל, ואסור לו לאשר חשמל ליישוב בלתי חוקי.

ג. חיבור מאחז לרשת החשמל נעשה תוך הטעית חברת חשמל כי מדובר בחיבור לגיטימי. לדוגמא – מאחז מגרון, החיבור הראשוני נעשה לצורך אנטנה סלולארית. חברת חשמל לא ידעה כי יש תוכנית להקים במקום מאחז והאנטנה הינה תרוץ לחיבור חשמל למקום.

מנהל חברת חשמל ירושלים הדגיש בפני כי כאשר באה לפניו בקשה לחיבור חשמל, היא איננה מוגדרת כבקשה לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל. לכן אפשרות הטעות כאן היא גדולה.

לאחר שהתברר לחברת חשמל כי קמ"ט חשמל אישר חיבור מאחזים בלתי מורשים ואלה אכן חוברו, סירב מנהל חב' חשמל ירושלים לקבל אישורים מקמ"ט חשמל, ודרש מראש המינהל האזרחי תת אלוף אילן פז לבדוק אישית כל בקשה לחיבור לרשת החשמל.

הושג סיכום בין השניים, לפיו יישוב או שכונה יחוברו לרשת החשמל על ידי חברת חשמל רק אם ראש המינהל האזרחי אישר טלפונית למנהל סניף ירושלים בחברת חשמל כי החיבור הוא ליישוב חוקי. גם תת אלוף אילן פז, ראש המינהל האזרחי, אישר בפני דברים אלה.

מנהל חב' חשמל ירושלים הבהיר לי כי הופעלו עליו לחצים רבים לחבר מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל. לחצים אלה הגיעו בעבר, ממשרד התשתיות ואחרים. הוא הבהיר כי לחצים אלה לא השפיעו עליו, וכי חברת חשמל עושה כל אשר לאל ידה שלא לחבר מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל.

חברת חשמל חיברה בעבר מספר מאחזים לרשת החשמל, ואלה הם:

הר חמד (ליד קדומים); נ.ג. 851 ליד איתמר; אלוני שילה (או בכינוי אחר - נוף קנה, ליד קרני שומרון); פלגי מים – חרבת שונה (או עלי י') שלב ב' לא חובר; ברוכין (או עלי זהב מזרח); גבעת הראל נ.ג. 740 (או שילה ד'); מעלה שלמה (ליד כוכב השחר); עמונה (ליד עופרה); זית רענן (טלמון צפון); חרשה (ליד טלמון); נ.ג. 468 נופי פרת (כפר אדומים); נגוהות 82 האחזות; מצפה יאיר (או חוות מגן ליד סוסיא); מגרון (חובר לחשמל ביתן שמירה) מגן דן (ליד אלקנה); צופית (ליד חלמיש); חורש ירון(טלמון); נווה ארז (ליד מכמש); איבי נחל (מעלה עמוס צפון); חוות טליה (יתיר) מצפה חגית (כפר אדומים).
(נתונים אלה נמסרו לי על ידי חברת חשמל)

לפי נתוני חברת חשמל, חוברו סה"כ 21 מאחזים בלתי מורשים, מתוך רשימת מאחזים שנבדקה, בת 79 מאחזים בלתי מורשים. חיבור החשמל לכל המאחזים הנ"ל אושר על ידי קמ"ט חשמל.

לפי נתוני חברת חשמל, קמ"ט חשמל אישר לחבר לרשת החשמל כ - 22 מאחזים מתוך רשימת 79 המאחזים אליהם התייחסו לבקשתי. כאמור רק 21 מתוכם חוברו על ידי חברת חשמל לרשת החשמל.

לפי נתוני המינהל האזרחי, קמ"ט חשמל אישר לחבר לרשת החשמל כ - 36 מאחזים מתוך רשימת מאחזים של כ – 80 מאחזים. כפי שאנו רואים **לא** בכל מקום שקמ"ט חשמל אישר חיבור – חברת החשמל חיברה גם בפועל.

חיבור מאחזים בלתי מורשים לפי אישור קמ"ט חשמל במינהל האזרחי

ביקשתי לקבל את התייחסותו של קמ"ט חשמל במנהל האזרחי לנושא חיבור המאחזים הבלתי מורשים לרשת החשמל. קמ"ט חשמל במנהל האזרחי תאר בפני את דרכי עבודתו בעניין זה כלהלן:

קמ"ט חשמל נוהג לקבל מחברת חשמל בקשה לחיבור חשמל. הוא מקבל תוכנית עם שרטוט של קו חשמל. על הקמ"ט לבדוק מתן אישור לקו החשמל ולטיב הזכויות בקרקע עליה הוא אמור לעבור. קמ"ט חשמל שולח את הבקשה לכל הגורמים הרלוונטיים במינהל האזרחי ומקבל את תגובתם.

קמ"ט חשמל הסביר כי הוא איננו בודק האם הבקשה להעברת קו חשמל היא ליישוב חדש או לא. הוא איננו בודק את חוקיות היישוב אליו מבקשים להעביר חשמל. הקמ"ט פונה לרת"ח תשתית ומנחה עצמו לפי הוראותיו של האחרון. הקמ"ט טוען כי היו מקרים שאישר חיבור חשמל לישוב מסוים – ברוכין למשל (שהינו מאחז בלתי מורשה) – אך כעבור זמן קיבל מרת"ח תשתית הוראה להודיע לחברת חשמל שהאישור בטל; לשאלה מדוע זה קרה השיב כי ככל הידוע לו, ע' שר הביטחון להתיישבות אישר תחילה את חיבור החשמל לברוכין, אך משום מה חזר בו בשלב יותר מאוחר. הקמ"ט אינו יודע מדוע חזר בו ע' שר הביטחון. (ככל הידוע לי אישר ע' שר הביטחון להתיישבות חיבור המאחז ברוכין לרשת החשמל. בנדון זה נעשתה פניה ע"י היועצת המשפטית של משרד הביטחון ליועץ המשפטי לממשלה, והתקבלה תשובה שאין לחבר את המאחז לרשת החשמל. ככל הנראה בעקבות הנחיה זו – בוטל אישור החיבור לרשת החשמל של המאחז ברוכין).

קמ"ט חשמל מודע לכך שניתנו על ידו אישורים לחיבור חשמל למאחזים בלתי מורשים. מדבריו עולה גם ההסבר לכך: הוא לא בודק בעצמו את הבקשות בכל הנוגע לחוקיותו של היישוב המבקש, ואינו שואל שאלות קשות בנדון. למעשה הוא איננו מפעיל שיקול דעת כלל, אלא מקבל אישור של גורמי המינהל האזרחי האחרים – ומבצע את ההוראות שקיבל. אין הוא מבצע בדיקה עצמאית כלשהי.

עוד מסר כי שאלת חיבור חשמל למאחז בלתי מורשה, עולה באופן פרטני מדי פעם בפעם, בהקשר למאחז ספציפי. מופנות שאלות בנדון זה לסגן שר הביטחון מר זאב בוים ולאחרים. ניתנות לו הנחיות והוא מבצע בהתאם.

שר הביטחון הודיעני במכתב בתגובה לחוות דעת זו כי מזה כשנתיים לא מאשר המינהל האזרחי כל עבודה תשתיתית הקשורה במאחז שאינו חוקי, למעט חריגה אחת שנעשתה בעניין חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל (בעניין מאחז בת עין מערב).

לפי הידוע לי אכן רוב חיבורי המאחזים הבלתי מורשים לרשת החשמל נעשו בשנים 97 עד סוף 2002. בשנת 2003 כמעט שלא ניתנו אישורים בדבר חיבור מאחזים לרשת החשמל. הדבר עולה גם מדיווח חברת חשמל. ועדיין נעשו פעולות לחיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל:
ממסמכים שקיבלתי עולה כי עמודי החשמל למאחז נווה דניאל צפון היו אמורים להיות מוסרים, בספטמבר 2003. העמודים נותרו על תילם באישור ראש המינהל האזרחי, נוכח דרישה ביטחונית להותיר את המאחז מחובר לרשת החשמל.
כמו כן ניתן אישור לחבר את המאחז ברוכין לרשת החשמל – אישור שבוטל עקב הנחיית היועץ המשפטי לממשלה.

__הנחיות ע' שר הביטחון להתיישבות בנוגע לאספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים__

מתברר כי ע' שר הביטחון להתיישבות התערב בנושא הספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים.

מכתב בנדון נשלח על ידי ע' שר הביטחון להתיישבות מר רון שכנר לחטיבה להתיישבות ביום 4.5.04 וזו לשונו:

"הנדון: תאורה כמרכיב ביטחון

תאורה היקפית במקומות יישוב, במקומות מאוימים היא מרכיב ביטחון ראשון במעלה. גם במקומות שיש עליהם השגות והליכים לקראת פינוי, כל זמן שגרים בהם וחיים בהם, יש להגן על הנפש וכמו שהצבא מקיים שמירה

> וסיורים במקומות אלה כך יש לאפשר אספקת חשמל לתאורה כמרכיב חיוני לשמירה עד שיוכרע מעמדם".

לא נשלח העתק ממכתב זה לשר הביטחון. (ראה מכתב זה ב**נספח 5** לחוברת ג').

<u>תגובת מר שכנר להצגת המכתב בפניו</u>

ע' שר הביטחון מר רון שכנר אישר כי אכן שלח מכתב זה לחטיבה להתיישבות. הוא חזר על השקפתו המובעת במכתב, והיא שאם נמצאים אנשים בשטח, אזי כמו שצה"ל מספק להם הגנה – כך יש לספק להם חשמל המיועד לאותו צורך, והוא הצורך הביטחוני להגנתם.
לשאלה מדוע לא תידע את שר הביטחון בדבר המכתב, השיב שלא סבר שצריך ליידע את שר הביטחון.
לשאלה האם יודע שסגן שר הביטחון מטפל בנושא במשרד הביטחון השיב שאינו יודע על כך.

<u>תגובת שר הביטחון למכתב</u>

ביקשתי משר הביטחון להגיב על המכתב - האם ידע על משלוח מכתב זה, והאם ההנחיות שבו משקפות את עמדת שר הביטחון. שר הביטחון השיבני כי לא היה ידוע לו על המכתב, ולא על תוכנו.

שר הביטחון השיבני במכתבו אלי כי:

> "...ערך בירור עם ע' שר הביטחון להתיישבות בסוגיית חיבור תשתיות למאחזים בלתי מורשים ובפרט בהתייחס לאישורים שניתנו על ידו להסתדרות הציונית. בהמשך לבירור הנ"ל, העיר שר הביטחון לע' השר להתיישבות מאחר ומסמכים אלה הוצאו ללא אישור ולא היה ראוי להוציאם..."

<u>האם התערבותו של מר שכנר כעולה ממכתבו היא תקינה?</u>

נראה לכאורה כי התערבותו של מר שכנר בנושא חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל אינה תקינה:

א. מכתב שכנר לחטיבה להתיישבות בנושא אספקת חשמל לתאורה היקפית נוגע בשאלה עקרונית, והיא אספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים. אכן אין מדובר במכתב במפורש על חיבור המאחז לרשת החשמל, אך הדבר בהחלט עלול להשתמע ממנו. קשה להניח כי מכתב זה נועד להסדיר רכישת גנרטורים עבור מאחזים בלתי מורשים, אותם רוכשת החטיבה להתיישבות ממילא לכל מאחז.

המכתב נוגע בשאלה כללית, המתייחסת לאספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים. שאלה כללית, בעלת פן עקרוני מן הראוי שתתקבל על ידי שר הביטחון. לכל הפחות ראוי הוא שידע על כך.

ב. ככל שמכתבו של ע' שר הביטחון להתיישבות התייחס לחיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל – הרי שחיבור כאמור הנו בלתי חוקי בעיקרון. לא בכדי מצא משרד הביטחון לנכון לפנות ליועץ המשפטי לממשלה בנוגע לחיבור המאחז ברוכין לרשת החשמל, בעקבות אישור ע' שר הביטחון להתיישבות לחברו לרשת החשמל. חיבור כאמור לרשת החשמל, הנו לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, בעיקרון – בלתי חוקי. ואכן, בהתאם להנחיית היועץ – בוטל אישור חיבור המאחז ברוכין לרשת החשמל.

ג. לפי **הצו בדבר חשמל (מתקן חשמל ועבודות חשמל) (יהודה ושומרון) (מספר 602) תשל"ה – 1975** מסורה סמכות מתן היתר לחיבור לרשת החשמל בידי קמ"ט חשמל. אינני סבורה כי ע' שר הביטחון להתיישבות רשאי להוציא תחת ידיו הנחיה כללית בנושא הרלוונטי לתפקידו של קמ"ט חשמל, שאינה מתואמת עם קמ"ט חשמל ולא עם ראש המינהל האזרחי הממונה עליו.

ד. אשר לטענה לגופה לגבי אספקת חשמל למאחז בלתי מורשה מטעמי ביטחון, אוסיף כי אני מוכנה להניח כעובדה, שאכן קיים צורך ביטחוני באספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים, כדי לספק תאורה היקפית. לשיטתי, הפיתרון לצורך ביטחוני זה צריך להינתן בכך שהמאחז הבלתי מורשה

יפונה, ולא שרשויות המדינה יירתמו להמשך והעמקת הפעילות הבלתי חוקית המקופלת בעצם הקמת המאחז.

ה. שר הביטחון סבור כי פניית ע' השר להתיישבות בעניין חיבור מאחזים בלתי מורשים לתשתיות אינה תקינה, ואינה ראויה, וכי אין לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל.

עולה מהמקובץ כי מעורבותו המתוארת לעיל של ע' שר הביטחון להתיישבות בנושא אספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים אינה תקינה לכאורה.

חלופות אחרות לאספקת חשמל במאחזים הבלתי מורשים

חלק לא קטן מהמאחזים הבלתי מורשים אינם מחוברים ישירות לרשת החשמל. מניין הם מקבלים אספקת חשמל?

שאלה זו הפניתי למנהל חב' חשמל ירושלים, ונעניתי שידוע לו שהמאחזים הבלתי מורשים מקבלים אספקת חשמל באמצעות דיזה – גנרטורים.

עוד אמר כי ניתן "למשוך חשמל" מישוב המחובר לרשת החשמל, ובלבד שהמרחק הפיזי בין המאחז הבלתי מורשה לבין היישוב המחובר לרשת החשמל אינו גדול מאד. לדבריו חברת חשמל אינה יודעת ואינה יכולה לדעת על כך, מאחר שאין לה מערכת פיקוח.

אנשי החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית מסרו כי החטיבה רוכשת עבור המאחזים הבלתי מורשים גנרטורים. מכאן שיש למאחזים הבלתי מורשים אספקת חשמל, בין אם על ידי חיבור ישיר לרשת החשמל של חברת חשמל; בין אם על ידי חיבור מקומי לרשת החשמל בדרך של "משיכת חשמל" מיישוב מחובר; בין אם על ידי גנרטורים. לנושא אספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים שלא בדרך חיבורם לרשת החשמל אתייחס בהמשך.

העמדה הראויה לעניין חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל

כפי שביארתי לעיל, חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל מותנית באישור קמ"ט חשמל. על קמ"ט חשמל לשקול שיקולים מסוגים שונים בבואו להחליט בבקשה כאמור. על קמ"ט חשמל לשקול שיקולים מתחום התכנון, מתחום עקרון שלטון החוק ואכיפת החוק, ושיקולים מדיניים. **שיקולים אלה מובילים למסקנה כי ככלל, אין מקום לאשר חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל.**

על קמ"ט חשמל רובץ הנטל לבדוק ולברר את מעמדו של היישוב המיועד לחיבור לרשת החשמל. קמ"ט חשמל חייב לבדוק אם היישוב הינו בגדר יישוב מוכר. אם איננו כזה – הוא מנוע,כעקרון, מלאשר חיבורו לרשת החשמל.

חיבור מאחז לרשת החשמל מטעמי ביטחון, אינו מהווה הנמקה הפותרת את הקושי המשפטי. השיקולים שנמנו לעיל נותרו בעינם. אין בשיקול הביטחוני כדי להכריע את הכף ולחייב מתן היתר לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל. עם זאת יש להותיר מרווח שיקול דעת לאשר חיבור כאמור במקרים חריגים מטעמי ביטחון. מן הראוי שהחריג יהיה פתח צר מאד, וייקבעו קריטריונים ברורים מתי נכנס מאחז בלתי מורשה לגדר אותו חריג שבחריג.

שאלה אחרת אך באותו הקשר עולה לעניין "משיכת חשמל" בלתי חוקית מישוב מוכר למאחז בלתי מורשה. "משיכת חשמל" כאמור אינה חוקית. נראה לי כי מתפקידו של המינהל האזרחי באמצעות קמ"ט חשמל ויחידת הפקוח למנוע חיבור חשמל "פיראטי". כפי שתפקיד קמ"ט חשמל ליתן היתר לחיבור יישוב לרשת החשמל, כך תפקידו ותפקיד המינהל האזרחי, **למנוע** חיבור כאשר אין מקום ליתן היתר.

להשלמת התמונה אוסיף כי כפי שחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל אינו חוקי בעיקרון, כך אספקת גנרטורים למאחז בלתי מורשה, על ידי החטיבה להתיישבות, אינו תקין. אספקת חשמל למאחז בלתי מורשה אינה תקינה מחמת היותו בלתי מורשה. לא יתכן שמאחז בלתי מורשה שהוקם כידוע ללא אישור דרג מדיני, ללא סטאטוס תיכנוני כדין, תוך ביצוע הפרת חוק נמשכת, זוכה שרשות ציבורית, המתוקצבת על ידי המדינה, תספק לו אמצעים לקיומו.

עולה מהמקובץ כי חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל אינו חוקי, בעיקרון; חיבור "פיראטי" של מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל אינו חוקי ועל קמ"ט חשמל ויחידת הפיקוח למנוע זאת; אספקת גנרטורים על ידי החטיבה להתיישבות למאחזים בלתי מורשים אינה תקינה.

ומעניין לעניין באותו עניין:
מהתיאור העובדתי שהצגתי לעיל עולה כי ישנם מאחזים בלתי מורשים שחוברו לרשת החשמל וישנם כאלה שלא חוברו.

המינהל האזרחי חייב לנקוט מדיניות שוויונית כלפי כל המאחזים הבלתי מורשים. אין זה ראוי לאשר חיבור מאחזים אחדים לרשת החשמל ואחרים לסרב לאשר, כאשר מדובר על בסיס נתונים דומה.

יש לציין כי מקובל על שר הביטחון העיקרון שאין לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל, והוא הנחה את המינהל האזרחי לפעול בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין. על כך יש לברך. עם זאת מן הראוי כי ראש המינהל האזרחי יונחה לפעול לניתוק חיבור חשמל פיראטי למאחזים בלתי מורשים.

למרות שההסדר המשפטי בשטחי איו"ש שונה מזה שחל בישראל, נראה לי כי מן הראוי לתקן את חוק התכנון והבניה הירדני ולקבוע בו הוראות דומות לסעיף 157א ל**חוק התכנון והבניה תשכ"ה – 1965** ולסעיף 5 ל**תקנות התכנון והבניה (אישורים למתן שירותי חשמל, מים וטלפון) התשמ"א - 1981).**
תיקון החוק האמור יוציא את נושא חיבור המאחזים הבלתי מורשים לרשת החשמל מגדר שאלה הנתונה לשיקול דעת בקשר למתן היתר, לכדי הוראה נורמטיבית שיש חובה למלא אחריה.

<u>המלצות</u>

א. אני ממליצה בפניך כי תנחה את שר הביטחון לעשות את אלה:

(1). שר הביטחון יורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי לקבוע קריטריונים לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל כחריג שבחריג ומטעם ביטחוני מיוחד, ולפי אישור ראש המינהל האזרחי, <u>כאשר ההנחיה הכללית של שר הביטחון, כמקובל עליו כבר עתה היא, שכעיקרון אין לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל.</u>
הקריטריונים שייקבעו לחיבור חריג יאושרו על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אם ימצא לנכון לעשות כן.

(2). רשימת המאחזים הבלתי מורשים (וכפי שתעודכן מפעם לפעם) תופץ למתאם הפעולות השטחים ולראש המינהל האזרחי. אלה יורו לקמ"ט חשמל שלא לאשר חיבור חשמל למאחז בלתי מורשה. בכל מקום שיש לקמ"ט חשמל ספק אם מדובר במאחז בלתי מורשה – על הקמ"ט לקבל אישור מראש המינהל האזרחי עצמו לחיבור המבוקש.

(3). הודעה על הנחיות אלה, ורשימה של המאחזים הבלתי מורשים תשלח במקביל על ידי משרד הביטחון למנהל חברת חשמל ולמנהל סניף ירושלים של חברת חשמל.

(4) שר הביטחון יורה לראש המינהל האזרחי לפעול באמצעות יחידת הפיקוח וקמ"ט חשמל לניתוק מאחזים בלתי מורשים מרשת החשמל של ישוב מוכר על ידי "משיכת חשמל" פיראטית.

ב. אני ממליצה לתקן את חוק התכנון והבניה הירדני על ידי הוספת הוראות דומות לסעיף 157א לחוק התכנון והבניה תשכ"ה – 1965 ולסעיף 5 לתקנות התכנון והבניה (אישורים למתן שירותי חשמל, מים וטלפון) התשמ"א - 1981).

ג. אני ממליצה כי החטיבה להתיישבות תונחה להפסיק לאלתר לרכוש ולספק גנרטורים עבור המאחזים הבלתי מורשים.

9.1.7 חיבור מים למאחזים בלתי מורשים

<u>המצב המשפטי החל בנוגע לחיבור יישוב לרשת המים.</u>

הצו הקובע סמכויות לעניין המים באזור הוא **צו בדבר סמכויות לעניין דיני מים (אזור הגדה המערבית) (מספר 92) תשכ"ז – 1967** (להלן: "**צו המים**"). מפקד האזור הוא שכונן צו זה, וקבע כי הממונה לפי צו זה הוא מי שהמפקד ימנה אותו מפעם לפעם. סמכויות הממונה הוגדרו בסעיף 2 לצו המים, שכותרתו "סמכויות הממונה", וכך נקבע בו:

> "כל סמכות הניתנת על ידי דיני המים לאדם כלשהו או לנושא משרה כל שהיא, תהיה מוקנית לממונה מיד לאחר פרסום צו מינויו".

בסעיף 3 שכותרתו "סמכות" נקבע כי:

> "הממונה יהיה רשאי לפעול מכוח מינויו כאמור ויהיה רשאי להאציל לאחרים מכוחו וסמכויותיו..."

בסעיף 5 נקבעה "הקמתם והפעלתם של גופי מים", וכך נקבע בו לגבי הממונה:

> "הממונה יהיה רשאי לתת תוקף להמשך פעולתו של כל גוף ארגון תאגיד או מוסד הפועלים או רשאים לפעול מכוח דיני המים (להלן: גופי מים) לצוות על הפסקת פעולותיהם של גופי מים להקים מחדש גופי מים בין אם פעלו לפני היום הקובע ובין אם לא פעלו לקבוע את מרכבם ולמנות את מנהליהם לרבות את עצמו"

קמ"ט מים של המינהל האזרחי מונה להיות הממונה לפי צו המים. יוצא שכל פעולה לחיבור והספקת מים באזור, טעונה היתר ממנו.

מצב משפטי זה דומה למצב המשפטי החל לגבי חיבור מאחז לרשת החשמל – כל פעולה כאמור מצריכה היתר מאת קמ"ט חשמל – לגבי חשמל, והיתר מקמ"ט מים – לגבי חיבור למים.

לעניין שיקול הדעת הנדרש לצורך השאלה בדבר מתן היתר או סירוב לתיתו – נראה כי השיקולים דומים לאלה שהזכרתי לעניין חיבור מאחז לרשת החשמל. על קמ"ט מים לשקול שיקולים תכנוניים, שיקולים מתחום שלטון החוק ואכיפתו, ושיקולים מדיניים, בבואו לבחון בקשה לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת המים.

שר הביטחון הודיעני במכתב מזכ"צ שר הביטחון מיום 24.1.05 כי הנחה שאין לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת המים. אני סבורה כי הנחיה זו היא נכונה.

אני סבורה כי לאור השיקולים, שפורטו על ידי בפרק המשפטי הנוגע לחיבור חשמל, יש לקבוע כי אין לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת המים.

<u>חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת המים בפועל</u>

חברת מקורות היא ספקית המים באזור יהודה ושומרון. היא מספקת מים הן לפלסטינים והן לישובים הישראלים באיו"ש.

בחינת מעורבות חברת מקורות באספקת מים למאחזים בלתי מורשים עשיתי עם מהנדס מרחב מרכז במקורות (להלן: "**מהנדס מקורות**"). האמור להלן מסתמך על הדברים שמסר.

<u>מדיניות מקורות לאספקת מים – רק ליישובים חוקיים</u>

חברת מקורות מספקת מים ליישובים באיו"ש רק כאשר ניתן צו עבודה על ידי קמ"ט מים במינהל האזרחי. צו כאמור הוא תנאי חיוני אך איננו מספיק. באזור איו"ש פועלת ועדת מים ישראלית פלסטינית. הועדה הוקמה בהסכם הביניים עם אש"ף ומאז פועלת. כל חיבור מים חייב לקבל את אישור הועדה.

מדיניות חברת מקורות היא אספקת מים ליישובים חוקיים בלבד. חברת מקורות מסרבת לחבר מאחזים בלתי מורשים לרשת המים. חיבור המים נעשה על ידי חברת מקורות ליישוב מסוים, וכדבריו של מהנדס מקורות:

> "מקורות מספקת מים עד הכניסה ליישוב. לא מספקת מים בתוך הישוב. אנחנו מספקים מים, כעקרון, לרשות המקומית ולא לאדם פרטי. הרשות עצמה היא המספקת לתושבים מים".

עם זאת, ניתן "למשוך מים" מיישוב חוקי, למאחז בלתי מורשה:

"אם הרשות המקומית מושכת צינור ומספקת מים לאחרים – אני לא הריבון בשטח וזה לא בסמכותי. גם אם הייתי יודע שככה הדברים מתרחשים (ואני לא יודע) – לא יכולתי לעשות כלום. רק אם גונבים מים – הייתי יכול לפעול. אבל אם מושכים מים מחיבור חוקי, ומושך המים היא הרשות המקומית – אינני יכול לעשות דבר".

דוגמא שהציג בפני: הישוב מיצד מחובר לרשת המים של מקורות. במרחק מה ממנו ישנו מאחז – פני חבר. אם הרשות המקומית מיצד מושכת מים ממיצד לפני חבר – מקורות אינה מתערבת בכך. לשיטת מהנדס מקורות – אינה מוסמכת להתערב בכך.
לשאלה אם יש הקצבת מים ליישוב מסוים כך שייתכן שחריגה מהקצבה מצביעה על חלוקת מים מחוץ לתחום הרשות המקומית, השיבני מהנדס מקורות כי החל משנת 1995 אין יותר הקצבת מים למשקי בית.

<u>**הספקת מים למאחזים בלתי מורשים**</u>

כאמור חברת מקורות מסרבת לספק מים למאחזים בלתי מורשים. נציבות המים היא שקובעת אם היא מכירה ביישוב כיישוב חוקי או לא. לעיתים באות בקשות להפריד את חשבונות המים, בין ישובים שונים. למשל, באה בקשה להכיר בישוב שבות רחל כישוב לעצמו ולא כחלק משילה. מקורות סירבה.

"בשבילנו, שבות רחל ושילה זה ישוב אחד"

כאשר מקורות סירבה להכיר ביישוב מסוים כיישוב נפרד – היא קיבלה פניה מעוזר שר הביטחון להתיישבות. מהנדס מקורות מסר לי את מכתבו של ע' שר הביטחון להתיישבות שנשלח לחטיבה להתיישבות (מכתב מיום 9 לפברואר 2003 – ראה **ב<u>נספח 5</u>** לחוברת ג') העתק מכתב זה הגיע למקורות. הבקשה הקונקרטית היתה לחיבור הישוב פני קדם למקורות. הבקשה סורבה לאחר שמהנדס מקורות קיבל מידע ממשרד המתאם במשרד הביטחון לפיו פני קדם הינו מאחז שאין לו תוכנית מפורטת כדין.

יש לשים לב שמקורות סירבה להסתמך על פנייתו של ע' שר הביטחון להתיישבות, בדקה את המידע עם גורמי המתאם וקבעה עמדה שלילית ביחס לבקשה.
דוגמאות לבדיקות נוספות של מקורות ביחס לפניות מועצה אזורית מטה בנימין לספק למאחזים נווה ארז; חוות גלעד מים – ראה **נספח 10** לחוברת ג'.

הדבר מזכיר את עמדת חברת חשמל ביחס לאינפורמציה המגיעה מקמ"ט חשמל – הרשויות הללו, חברת חשמל ומקורות, הגיעו למסקנה – כך נראה לי - שלא ניתן להתבסס על מידע הנמסר מגורמים מסויימים, **שהם הרשות המוסמכת, ומעדיפים לעשות בדיקות נוספות עם מתאם הפעולות בשטחים, הנתפס בעיניהן כגורם מהימן יותר, כדי לעמוד על אמינות המידע הנמסר. הכול כדי לא להיגרר לביצוע פעולות שהן בלתי חוקיות.**

דרכי הספקת מים למאחזים בלתי מורשים

הדרך הנוחה ביותר היא קבלת הספקת מים ממקורות. אך נוכח עמדת מקורות כמפורט לעיל, ברוב המקרים לא חוברו מאחזים בלתי מורשים **ישירות** לרשת המים של מקורות.

נמצאה דרך אחרת לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת המים, והוא "משיכת מים" מחיבור כדין שנעשה לרשות המקומית, שהיא הצרכן הפורמאלי של המים. לשיטת מהנדס מקורות, הרשות המקומית מוסמכת ככל הנראה לחבר מאחז בלתי מורשה, לצינור מים קיים המגיע ליישוב חוקי. אך לא תמיד הדבר ניתן פיזית. ככל שהמרחק הפיזי בין יישוב מחובר לרשת מקורות לבין מאחז בלתי מורשה שאינו מחובר - גדול יותר – כך קשה יותר "למשוך מים" מישוב ליישוב.

אם לא ניתן (פיזית) לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת המים, ישנן דרכים נוספות להספקת מים. מהנדס המחוז מסר לי כי ניתן לספק מים במיכליות העוברות בין המאחזים. ניתן ליצור מאגר מים במאחז. ממלאים טנק מים גדול העומד בראש מגדל מים, מחברים את טנק המים לצנרת – וכל עוד ממלאים מים בטנק המים מדי כמה ימים – אין חסר במים. בנוסף, ישנן משאיות מים המסתובבות בשטח, ומוכרות מים לישראלים ולפלסטינים.

<u>המלצות</u>

חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת המים של מקורות, הוא בלתי תקין באותה מידה של חיבור מאחז לרשת החשמל של חברת חשמל.

מתברר שאף שחברת מקורות אינה מחברת בעצמה, בדרך כלל, מאחזים בלתי מורשים לרשת המים, הרי יתכן, כך טוען מהנדס מקורות, שהרשויות המקומיות מחברות אותם מאחזים לרשת המים, אם מבחינה פיזית הדבר ניתן. מהנדס מקורות סבור כי הדבר חוקי.

בשיחה שקיימתי עם היועץ המשפטי למקורות עו"ד חגי עינת הוא הביע דעתו בפני כי חיבור כאמור איננו חוקי לדעתו.

אף אני סבורה כך. כמו **שחיבור ישיר** של מאחז בלתי מורשה לרשת המים על ידי מקורות היא אינה חוקית, כך חיבור המאחז לרשת המים של מקורות דרך חיבור של ישוב חוקי - הוא לא חוקי. האיסור לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת המים, איננו טמון בשאלה מאיזה צינור הדבר יעשה – ישירות על ידי מקורות או דרך חיבור קיים של ישוב חוקי. **האיסור הוא על התוצאה**: מאחז בלתי מורשה אינו רשאי להתחבר לרשת המים של מקורות. אם אינו רשאי – מה לי נפקא מינה מי יחבר אותו ומאיזה צינור חיבור יעשה הדבר?

לפיכך יש לקבוע כי אין לאפשר חיבור מאחז בלתי מורשה, באמצעות חיבור קיים לצינור של יישוב חוקי.

אני ממליצה בפניך כי המלצותיי בכל הנוגע לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל יחולו, בשנויים המחויבים לעניין חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת המים של מקורות.

עם זאת אינני רואה מקום לאפשר חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת המים, גם לא כחריג, וזאת בנבדל מחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל שיש להותיר לגביו אפשרות צרה לחיבור כחריג, מטעם ביטחוני מיוחד.

9.1.8 העדר פיקוח הולם על הבניה הבלתי חוקית בשטחים, והוצאת צווי הריסה נגד בניה בלתי חוקית

יחידת הפיקוח הוקמה לצורך הפיקוח על בניה בלתי חוקית של פלסטינאים. היחידה החלה לעסוק בפיקוח על הבניה הבלתי חוקית של ישראלים מאז שנת 1992 לפי החלטת הממשלה משנת 1992 בדבר הקפאת הבניה הישראלית באיו"ש. היא אמורה לפקח על בניה בלתי חוקית של ישראלים ושל פלסטינים. יחידת הפיקוח היא זרוע אכיפת החוק של המינהל האזרחי על הבניה הבלתי חוקית באיו"ש. מתפקידה לאסוף את האינפורמציה המלאה בנוגע לבניה הבלתי חוקית. היא הממונה על הוצאתו לפועל של נוהל בב"ח (ראה פתח דבר, הבהרת מושגים). בין השאר ועדה מטעמה מוציאה צווי הפסקת עבודה בגין מבנה בלתי חוקי, ובסופו של דבר – גם צו הריסה נגד מבנה בלתי חוקי. יחידת הפיקוח אמורה לבצע את צווי ההריסה שהוצאו.

אך מתברר כי קיים פער ניכר בין תפקידי היחידה להלכה, לבין ביצוע תפקידה בפועל.

<u>הגבלת הפיקוח</u>

מתברר כי מאז 1998 הפסיקה יחידת הפיקוח לפקח ולנסות לאכוף את חוקי הבניה על ישראלים בתחום היישובים באיו"ש. יחידת הפיקוח אינה בודקת ואינה מדווחת על בניה בלתי חוקית באזורים אלה.

מאחר שלנושא זה יש חלק בתמונה הכללית המתקבלת בדבר העדר פיקוח ואכיפת החוק על הבניה בשטחים, ביקשתי לברר מי החליט על הגבלת הפיקוח ומדוע.

מנהל יחידת הפיקוח ורת"ח תשתית טענו בפני כי מפקדי האזור ידעו על הגבלת הפקוח כאמור, וכי הגבלה זו נעשתה על דעתו של מפקד האזור בזמנו, רב אלוף דהיום משה יעלון. תחילה מסר לי רת"ח תשתית כי הגבלת הפיקוח חלה אך ורק ביישובים בהם חלה תוכנית מפורטת בת תוקף.

כעבור זמן מה חזר אלי ומסר כי עתה מתברר לו שהגבלת הפיקוח חלה גם במקום שאין תוכנית מפורטת בת תוקף אך הליכי האישור היו בתהליך מתקדם.

מנהל יחידת הפיקוח מסר לי כי הגבלת הפיקוח נעשית ביישובים הישראלים **ככלל**, ללא קשר לתחולת תוכנית בת תוקף בהם.

מפקד האזור הנוכחי אלוף קפלינסקי, השיבני לשאלתי כי רק בימים אלה נודע לו על הגבלת הפיקוח של יחידת הפיקוח.

ראש יחידת הפיקוח טען כי הגבלת הפיקוח עוגנה במסמך בכתב. מכתב זה אכן נמצא, והוא רצ"ב ומסומן **<u>נספח 11</u>** לחוברת ג'.

מהמסמך שבפני (נספח 11) ומסמכים נוספים באותו עניין עולה כי ביולי 1998 התקיים דיון בראשות ראש מטה פיקוד מרכז בנושא אכיפת החוק בשטחים בנושא קרקעות. לאחר מכן התקיים דיון בראשות מפקד האזור – אלוף (כתוארו אז) משה יעלון, ובעקבותיו הודיע אל"מ שלמה פוליטיס, היועץ המשפטי ליהודה ושומרון אותה עת, את נוסח החלטת מפקד האזור בעניין. נוסח ההחלטה הנו כלהלן:

> "יחידת הפקוח של המינהל האזרחי לא תבצע פעולות אכיפה כלפי בניה בלתי חוקית של פלסטינים בשטחי C וכן כלפי בניה בלתי חוקית של ההתיישבות הישראלית (מקום שהוקמה ועדה תכנונית שהוקנו לה סמכויות של ועדה מקומית לתכנון ובניה בשטח זה) הנופלת בתחום תכנית תכנון חדשה בתוקף (דהיינו תכנית שהוכנה אחרי יוני 1967). המשטרה תסייע בידי גורמי התכנון והבניה המוסמכים לאכיפת החוק במקרים כאלה. למרות האמור יחידת הפקוח תבצע פעולות אכיפה כלפי בניה בלתי חוקית המצוינת בסעיף זה מקום שרשויות האזור, יקבעו מעת לעת שקיים אינטרס ביטחוני, צבאי או אחר לעשות כן".

(להלן: "**הגבלת הפקוח**").
יש להדגיש כי מהמכתב על פניו נראה כי הגבלת הפיקוח סויגה בסייגים: הגבלת הפיקוח תחול רק במקום שחלה תוכנית מפורטת בת תוקף שאושרה מכוח תחיקת הביטחון; הגבלת הפיקוח תחול רק בתחום אחריות ועדת התכנון המקומית; במקרים מיוחדים עלולות להינתן הנחיות אחרות.

ביקשתי מהרמטכ"ל משה יעלון להתייחס להנחיותיו אז. הרמטכ"ל מסר לי כי הוצג בפניו אז שיחידת הפיקוח נדרשת לעסוק בחריגות בניה כמו חריגת בניה של מרפסת או חצי חדר של פלוני שחרג מתוכנית בנין. בכך, סבר אז, מי שאמור לעסוק היא ועדת התכנון המקומית, האמורה לפקח על הבניה במקום שחלה תוכנית מפורטת, ולא יחידת הפיקוח. אל"מ פוליטיס, היועץ המשפטי לשעבר של אזור יהודה ושומרון אישר אף הוא את האמור לעיל.

מתברר כי בפרקטיקה פטרה יחידת הפיקוח את עצמה הרבה מעבר להגבלות המסויגות שהסכים להן אלוף הפיקוד אז. היחידה פטרה עצמה מלפקח בתחום היישובים בכלל, בין אם חלה בהם תוכנית בת תוקף ובין

אם לא. יחידת הפיקוח לא פטרה עצמה מדווח על חריגות "מרפסת" אלא מדווח על שכונות שלמות ומאחזים בלתי מורשים.

העדר הפיקוח כמתואר לעיל הוא ביצוע בלתי נאות של תפקיד הפיקוח. הוא אינו תואם את הנחיית מפקד האזור. הוא אינו תואם את תכלית הפיקוח. הוא אינו תואם את מהות התפקיד של יחידת הפיקוח.

על כן יש מקום לחזור ולקבוע את תחום הפיקוח של יחידת הפיקוח. יש לוודא כי יחידת הפיקוח תמלא את ההוראות שהיא מקבלת. יש לקבוע כי יחידת הפיקוח תפקח בכל השטח שלא ניתן להוציא לגביו היתר בניה מכוח תוכנית מפורטת. מקום שניתן להוציא היתר בניה מכוח תוכנית מפורטת יש להניח כי ועדת התכנון המקומית תבצע את הפיקוח באופן ראוי. כמו כן, יש לחייב את יחידת הפיקוח לפקח בכל מקום שהבניה אינה תואמת את יעוד הקרקע.
על בסיס הנחות יסוד אלה יש להנחות את המינהל האזרחי לקבוע את כללי הפיקוח של יחידת הפיקוח. יש לוודא כי יחידת הפיקוח תמלא את תפקידה בהתאם להנחיות.

שר הביטחון הודיעני לאחרונה במכתבו אלי כי מקובל עליו שיש לקבוע מחדש את תחומי עבודתה של יחידת הפיקוח וסמכויותיה . לצורך כך הנחה שר הביטחון לבצע עבודת מטה בין משרדית.

<u>נתוני יחידת הפיקוח על הבניה הבלתי חוקית של ישראלים באיו"ש לשנת 2003</u>

בכל הנוגע לפקוח שבוצע על ידי יחידת הפיקוח – הוצגו בפני **נתוני פעולות היחידה לשנת 2003. סיכום הנתונים מצביע על אלה:**

סה"כ אתור בניה בלתי חוקית: 664; סה"כ נדונו בוועדה: 601; סה"כ צווי הריסה שהוצאו אותה שנה: 419; לפי נתוני היחידה בוצעו 153 צווי הריסה, מתוכם פנוי עצמי של מי שהוצא נגדו צו הריסה: 113; פנוי יחידת הפיקוח: 40. **עיון בפרטי נתוני הדו"ח מלמד כי כאשר נעשה פינוי שלא בדרך של פינוי עצמי – הוא נעשה על ידי צה"ל.**

במהלך השנים נבנו שכונות שלמות, בסמוך ליישובים קיימים ללא תוכנית מפורטת ואף על קרקעות שאינן אדמות מדינה; הוקמו מאחזים בתוך תחום השיפוט של ישובים קיימים (כזכור – תחום השיפוט

הוא לעיתים נרחב מאד מאז שנת 1996 ואילך) – ויחידת הפקוח לא ביקרה שם, לא דווחה, לא אספה נתונים, ולא ביצעה כל תפקיד של פיקוח. גם עתה טען בפני רת"ח תשתית שאין בידו כל הנתונים הנחוצים באשר אין בידו את מלוא האינפורמציה. להגבלת הפיקוח כפי פרשנותה של יחידת הפיקוח יש חלק ונחלה בתוצאה זו.

<u>העדר צילומי אוויר לצורך מעקב שוטף אחר בניה בלתי חוקית בשטחים</u>

עד לפני כ- 4 שנים היו מתבצעות טיסות לצורכי צילום ומעקב אחר הבניה הבלתי מורשית בשטחים. הצילומים התבצעו על ידי חברת תעופה אזרחית. עם פרוץ העימות המוגבל עם הפלסטינים באוקטובר 2000, הופסקו הטיסות. הוסבר לי במשרד הביטחון כי הדבר נעשה מחשש לגרם נזק אפשרי למטוס עקב המצב הביטחוני בשטח.

צילומי אוויר ופענוחם מהווים מכשיר מעקב וביקורת **הכרחיים** אחר הבניה הבלתי חוקית בשטחים. צילומי אוויר אלה נחוצים לצורך ייעול עבודתה של יחידת הפיקוח.

הפסקת הטיסות והעדר צילומי האוויר פוגעים באופן ממשי ביכולתה של יחידת הפיקוח להתעדכן בדבר התפתחות הבניה בשטחים. ידוע לי שבחודשים האחרונים הורה שר הביטחון שצילומי אוויר יבוצעו על ידי צה"ל. אולם צילומי אוויר אלה נעשים בפרקי זמן גדולים מדי (מדי כמה חודשים), וכן יש קושי לגבי הפענוח שלהם.

ביקשתי התייחסותו של שר הביטחון לנושא. במכתבו אלי השיבני **שר הביטחון** (באמצעות מזכ"צ שר הביטחון) **כי הורה עתה לחדש את טיסות הצילום אחת לחודש. בימים אלה נערכת התקשרות עם ספק טיסות הצילום.**

אני סבורה שיש לחדש את צילומי האוויר, ולבצעם אחת לחודש באופן סדיר, כמקובל על שר הביטחון. יש לקבוע גורם אחראי לקיום טיסות הצילום (חיל אוויר, או חברה אזרחית). יש לקבוע מי יפענח את הצילומים. יש לקבוע מסגרת תקציבית לכך. יש לקבוע כי דווח שוטף על התפתחויות הבניה הבלתי חוקית יימסרו ישירות ובאופן סדיר על ידי המינהל האזרחי לידי מתאם הפעולות בשטחים ועוזר שר הביטחון שפיגל.

<u>הוצאת צווי הריסה ואי ביצועם</u>

ככל הידוע לי תלויים ועומדים מזה שנים ארוכות אלפי צווי הריסה נגד בניה בלתי חוקית בשטחים של ישראלים (כמובן ישנם צווי הריסה גם נגד בניה בלתי חוקית פלסטינית אך בכך אינני עוסקת במסגרת דו"ח זה). **צווי ההריסה אינם מבוצעים. ביצוע צו הריסה מחייב החלטה של שר הביטחון, וזו לא ניתנה בדרך כלל, על ידי שרי הביטחון השונים במהלך השנים.**
יוצא שזרועו של המנהל האזרחי הפועלת נגד בניה בלתי חוקית, פועלת למעשה "על ריק".

יש להעיר כי עצם הוצאת צווי הריסה שאינם ממומשים תורמת כשלעצמה לאווירה של אי אכיפת חוק.

<u>עמדת שר הביטחון</u>

הצגתי נתונים אלה (בחודש ינואר 05) בפני שר הביטחון מר מופז. למען ההגינות יש לציין כי כמעט שלא ניתנו הנחיות לביצוע צווי הריסה גם על ידי קודמיו בתפקיד. לדבריו לא ניתנת הוראה לביצוע צווי ההריסה (בתקופת כהונתו) מאחר שכאשר ניתנה הוראת ביצוע צו הריסה נגד מבנה, וצו ההריסה כבר אושר על ידי בג"צ לאחר הליך משפטי מתיש, התברר כי אם חוזרים ומציבים קרוון שוב, במרחק מטרים ספורים מהמקום בו עמד הקרוון נגדו הוצא צו ההריסה קודם – אי אפשר לבצע נגדו שוב צו הריסה אלא יש להתחיל בתהליך כולו מחדש. השר ציין כי מחמת סיבה זאת, בין השאר, חוקק **צו בדבר מבנים בלתי מורשים (מספר 1539)** מכוחו ניתן להוציא צו תיחום שטח נגד מתחם שלם ולא נגד מבנה מסוים בלבד, על מנת לפנות את כל הכלול בשטח המתוחם. לכן, בתקופת כהונתו לא נתן הנחיות לבצע צווי הריסה.

<u>עמדתי ביחס לאי ביצוע צווי הריסה</u>

אכן הקושי עליו הצביע שר הביטחון לגבי נוהל בב"ח הוא נכון וידוע. אך עדיין נראה לי כי לא ניתן להסתפק בתשובתו האמורה, מחמת טעמים אלה:

א. צווי הריסה הצטברו לאלפים בידי המינהל האזרחי, וזאת במהלך שנים. כל אותן שנים כמעט שלא ניתנו הוראות לביצוע צווי הריסה על ידי שרי הביטחון. **הצו בדבר מבנים בלתי מורשים** חוקק רק בדצמבר 2003, לאחר קשיים שהתגלו בביצוע נוהל בב"ח סמוך

לאותו מועד. אך בכל השנים שקדמו לכך – לא ניתנה הנחיה לביצוע צווי ההריסה. המסקנה המתחייבת היא שהנחיה כאמור לא ניתנה מסיבות של מדיניות ולא משום שהניסיון הוכיח כי נוהל בב"ח אינו מספק דיו.

ב. אם צווי ההריסה אינם ניתנים לביצוע, מדוע חוזר המינהל האזרחי ומוציא את הצווים הללו, במשך שנים ועד היום, לאלפים, ומחזיק מנגנון העוסק בהם? נראה כי יש מי שסבור שבכל זאת ניתן לממש את הצווים.

ג. הקשיים בכל הנוגע ליישום נוהל בב"ח הם אכן נכונים. אך אין פירושו כי לא ניתן לבצע את הצווים כלל. דווקא הניסיון מוכיח כי אם יש כוונה רצינית לממשם – אזי הדבר בכל זאת ניתן. רק ביום 5.1.05 ניתנה הוראה להרוס שני קרוונים לפי נוהל בב"ח במאחז הבלתי מורשה אחוזת שלהבת שליד יצהר. הקרוונים נהרסו, למרות התנגדות שגילו מתנחלים לכך. נראה על כן כי אם כוחות צה"ל משדרים נחישות בביצוע המטלה – זו יכולה להיות מושגת, גם לפי נוהל בב"ח, למרות הקשיים שציין שר הביטחון לגבי מימושו, קשיים נכונים כשלעצמם.

<u>סיכום</u>

תחום הפיקוח של יחידת הפיקוח הוגבל, על ידי מפקד האזור בשנת 1998. יחידת הפיקוח "מתחה" את הגבלת הפיקוח שקיבלה הרבה מעבר לתחום שהותר לה. עקב כך, בין השאר, האינפורמציה שבידה בנוגע למתרחש בשטח – אינה מלאה, ובמקרים רבים לא נמסר ולא דווח על ידה על בנית שכונות, הרחבות, ומאחזים בלתי מורשים.
בנוסף לכך יחידת הפקוח היא דלה באנשים ואין בכוחה למסור נתונים מלאים בזמן אמת על כל המתרחש בשטח.

מזה 4 שנים שצילומי אוויר של הבניה הבלתי חוקית בשטחים הופסקו. עקב כך, בין השאר, אין בידי המינהל האזרחי מלוא האינפורמציה הנחוצה לגבי הבניה הבלתי חוקית בשטחים. רק עתה יתחדשו ככל הנראה טיסות הצילום, בקצב סביר.

יחידת הפקוח הוציאה אלפי צווי הריסה במהלך שנים ארוכות – אך אלה נותרו כניירות אין חפץ בהם. כמעט שלא ניתנו הוראות למימוש הצווים על ידי שרי הביטחון השונים במהלך השנים.
יוצא שיחידת הפיקוח פועלת "על ריק".

מכאן עולה כי יחידת הפיקוח כמכשיר לאכיפת החוק על בניה בלתי מורשית, אינה משמעותית, כמעט זניחה, ולא מופקת ממנה התועלת המצופה והמתחייבת מתפקידה.

<u>המלצות</u>

אני ממליצה בפניך להנחות את שר הביטחון שיורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המנהל האזרחי לעשות את אלה:

1. **להגדיר את תחום הפיקוח של יחידת הפיקוח ככולל את ההתיישבות הישראלית באיו"ש במקומות אלה: יחידת הפיקוח תפקח בכל שטח של התיישבות ישראלית שלא ניתן להוציא לגביו היתר בניה מכוח תוכנית מפורטת; יחידת הפיקוח תפקח בכל מקום בו בניה נעשית בניגוד ליעוד הקרקע. ראש המינהל האזרחי יקבע כללי פיקוח ליחידת הפיקוח בהתאם להנחיות אלה שיאושרו בידי שר הביטחון.**

2. **להגדיל את כוח האדם של יחידת הפיקוח באופן משמעותי בהתחשב בהיקף פריסת היחידה.**

3. **מאחר ששר הביטחון הסכים כי יבוצעו טיסות צילום פעם בחודש, שיקבע גורם אחראי לביצוע הוראתו. הצילומים יועברו לגורם מפענח וישמשו בידי יחידת הפיקוח כאמצעי חשוב בקבלת מידע על הנעשה בשטח. נתוני הבניה בשטח ימסרו באופן שוטף למתאם הפעולות בשטחים ועוזר שר הביטחון שפיגל.**

בנוגע לביצוע צווי הריסה:

להנחות את שר הביטחון לבחון את צווי ההריסה שבתוקף נכון להיום. להנחותו לבצע את צווי ההריסה שבתוקף – בכפוף לתאום בכל הנוגע למימוש צווי תיחום שהוצאו ויבוצעו בפועל.

9.1.9 התרים לשינוע קרוונים

<u>**שינוע קרוונים מצריך היתר**</u>

כדי להכניס קרוונים לשטחי איו"ש יש צורך **בהיתר** לפי **צו בדבר העברת טובין מספר 1252; צו בדבר העברת טובין (תיקון) 1389; ותקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים).**

בהתאם לחקוקים שלעיל, הובלת יביל (קרוון) לתוך שטחי איו"ש טעונה היתר ממפקד צה"ל באזור או מי שהמפקד מינה לצורך זה בשמו (להלן: "**הממונה**"). הממונה רשאי להתנות מתן היתר בתנאים "לרבות תנאים בדבר העשייה בטובין לאחר הבאתם לאזור, והדרך בה יובלו ליעדם" (סע' 3 לצו); העובר על הוראות הסעיף – עובר עבירה פלילית, וניתן להשית עליו כופר או מאסר עד 5 שנים.

עוד נקבע כי יבילים ומבנים טרומיים כלולים בצו.

<u>**נוהל הובלת מבנים באיו"ש**</u>

ביום 24.4.03 נכנס לתוקף **נוהל הובלת מבנים ביש"ע** (להלן: "**הנוהל**").

בהתאם לנוהל על המבקש להכניס יביל (קרוון) לשטחים להגיש בקשה בצרוף אישור הרשות המקומית בתחומה אמור הקרוון להיות מונח. מהנדס הרשות המקומית יבדוק את הבקשה – לרבות האם ניתן מבחינה תכנונית להניח את הקרוון בהתאם למבוקש, ויעביר את הבקשה למינהל האזרחי – תחום תשתית כדי לבודקה. על מבקש הבקשה לכלול פרטים שונים בבקשתו ובהם פרטים בדבר המצב התכנוני של מקום היעד, פרוט תכנית מפורטת שחלה, וצירוף ההיתר שניתן על ידי המועצה.

בדיקת בקשה על ידי המינהל האזרחי פרושה בחינת קיומה של תכנית מפורטת ובת תוקף במקום היעד, קרי, תוכנית המאפשרת הוצאת היתר בניה כדין למבנה יביל. לאחר הבדיקה במינהל האזרחי, ואם פרטי הבקשה מאומתים ומאושרים, מועברת הבקשה לאישור ראש המינהל האזרחי; משם לראש ענף תשתית אצל המתאם; ממנו לעוזר שר הביטחון להתיישבות וממנו למזכיר הצבאי (מזכ"צ) שר הביטחון. אישור לשינוע קרוון אמור להינתן על ידי המזכיר הצבאי לשר הביטחון, לפי הנחייתו המפורשת של שר הביטחון.

עוד נקבע כי כוחות בטחון שוטף יעצרו כל קרוון במרחב איו"ש ויבדקו אם ברשותו האישור המתאים. היה ויתברר כי אין אישור לקרוון – יש לבדוק בשטח עם מפקדת המנהל האזרחי באיו"ש האם יש אישור לשינוע אותו קרוון. היה ולא – יש לזמן כוח משטרתי שיוציא את הקרוון מחוץ לשטח איו"ש.

<u>קרוונים – המכשיר המרכזי להקמת מאחזים בלתי מורשים</u>

כעיקרון, קרוון הוא בית על גלגלים. מקרון נוסע הופך הקרוון בן יום (או לילה) לבית מגורים לכל דבר, המחובר לתשתיות. חיבור לתשתיות, המוכנות בדרך כלל מבעוד מועד, נעשה תוך שעות ספורות. כעבור זמן קצר למדי, יש מי המצפה את הקרוון באבן, ואף מחבר שני קרוונים יחדיו לכדי דירת מגורים של ממש.

השימוש בקרוונים בשטחים הוא נפוץ ביותר, מחמת ניידותם של אלה והפונקציה שהם משמשים – תחליף לבית מבניה קשיחה.

השימוש בקרוונים מאפשר הקמת "ישוב" למעשה תוך שעות. הקרוונים משמשים למגורים, אך הם רב תכליתיים ומשמשים גם לכיתות לימוד, מרפאות, משרדים וכל שימוש אחר כתחליף למבנה.
קרוון המיועד לצורכי לימוד – יכול לשמש באותה מידה של הצלחה גם יחידת מגורים קטנה המאכלסת משפחה או מספר בודדים.

<u>הנחת קרוון על הקרקע בכוונת קבע – מחייבת היתר בניה כדין</u>

מבחינת דיני התכנון והבניה, קרוון הוא יחידת מגורים לכל דבר. לפיכך הנחת קרוון על שטח קרקע בכוונת קבע, מחייבת מבחינת דיני התכנון והבניה תכנית מפורטת בת תוקף מכוחה הוצא היתר בניה כדין, וכי הנחת הקרוון נעשתה בהתאם לתוכנית.

מכאן הקביעה בנוהל אישור שינוע קרוונים כי על מהנדס המועצה המקומית לחתום שהקרוון מיועד להיות מונח במקום שניתן להניחו מבחינת דיני התכנון והבניה; נדרשת הצגת היתר בניה, וכן נדרשת בדיקת המינהל האזרחי מאותו אספקט.

<u>קרוונים שנכנסו לאזור באישור – אך לא הגיעו ליעדם</u>

ככל שנמסר לי הנוהל נכנס לתוקף לאחר שהתברר כי הגיעו בקשות למתן היתרים לשינוע קרוונים ממועצות אזוריות בשטחים, וכי בקשות כאלה אושרו ללא בדיקה הולמת; וכן אישורים שניתנו לשינוע קרוונים והוגבלו מבחינת מטרת היעד שלהם – לא הגיעו ליעדם הנטען.

אך כינון הנוהל לא היה בו כדי לפתור את בעיית שינוע הקרוונים ללא היתר; שינוי הנוהל לא שינה את הממצאים לפיהם לא פעם ולא פעמיים מופרים תנאי שינוע הקרוונים. **במיוחד לא מקויים התנאי כי קרוון שיועד למקום פלוני לא יגיע למקום אלמוני.**

מדווח מנהל המינהל האזרחי עולה כי נערכה בדיקה על ידי המינהל האזרחי לפיה במהלך מספר החודשים ינואר עד יולי 2004 אושר שינוע 220 קרוונים לשטחי איו"ש. **בבדיקה שנערכה לגבי 111 מתוכם התברר כי 71 מתוכם לא הוצבו במקום אליו יועדו (!) ורק 38 הגיעו ליעדם.** (מכתב רת"ח תשתית לרמ"א מיום 7.7.04 רצ"ב **<u>כנספח 12</u>** לחוברת ג').

<u>שינוע קרוונים ליעד חסר סטאטוס תכנוני</u>

אנשי המינהל האזרחי מסרו לי כי הבקשות לשינוע קרוונים מובאות להתייחסותם בהתאם לנוהל, כאשר תפקידם הוא לבדוק האם הבקשה תואמת הליך תכנוני החל במקום היעד כדין. המלצה של המינהל האזרחי להיענות לבקשה בחיוב, מבוססת על סוג בדיקה **אחד** שנעשה והוא **האם המבוקש תואם כאמור תוכנית החלה כדין במקום היעד המוצהר של הקרוון. אנשי המינהל האזרחי אינם בודקים כל נתון נוסף, כמו הצורך הנטען בקרוון הנוסף; הוכחת הצורך הנטען בראיות וכו'**

העדר המלצה של המינהל האזרחי פירושה, שבמקום היעד המוצהר של הקרוון לא חלה תוכנית מפורטת בת תוקף המאפשרת את הצבת הקרוון על פיה.

עיון בדו"ח המינהל האזרחי מיום 24.8.04 (רצ"ב **כנספח 13** לחוברת ג') מעלה, כי המינהל האזרחי המליץ לקבל חלק מהבקשות לשינוע קרוונים. אך ישנן בקשות שלא הומלצו על ידו. **משמעות הסירוב להמליץ** היא כי הבקשה להצבת הקרוון במקום היעד הנטען אינה אפשרית לפי דיני התכנון והבניה.

ואולם, למרות אי המלצת המינהל האזרחי באותם מקרים, נראה מהדו"ח שלפני כי חלק מהבקשות – **אושרו על ידי עוזר שר הביטחון להתיישבות (סה"כ 27 קרוונים).**

ביקשתי תשובה על כך מע' שר הביטחון להתיישבות. הוא ביקש לבדוק את הדבר (ביום 2.12.04) עד כה לא חזר אלי. בפגישתי האחרונה עמו 29.12.04 חזרתי והזכרתי לו שלא השיב לשאלותיי בנושא. אך תשובה לא קיבלתי עד כה.

יש לציין כי במקביל לאישור השינוע כאמור לעיל – מוציא המינהל האזרחי את יחידת הפיקוח ליעד הקרוונים על מנת להתחיל בהליכי נוהל בב"ח שתכליתם הוצאת צו הריסה לאותם קרוונים. ושוב – **יד ימין ויד שמאל של אותו אורגן פועלים בכוונים הפוכים וסותרים זה את זה.**

החמרת הוראות שינוע קרוונים

ככל הידוע לי הורה שר הביטחון ביום 31.7.04 כי כל בקשה לשינוע קרוון באיו"ש תובא לאישורו. וכן כי כל טריילר נושא קרוון ילווה על ידי צה"ל למקום היעד שלו. הוראה זו באה נוכח הממצאים המתוארים לעיל, וכן דיווחים שהגיעו לשר הביטחון על קרוונים הממשיכים להגיע למאחזים בלתי מורשים.

בתגובה להחלטה הלין ביום 5.8.04 ראש מועצת בנימין מר ולרשטיין, בכתב, בפני שר הביטחון על החלטתו לעכב שינוע קרוונים באיו"ש. תלונתו באה במכתב הרצ"ב וכן תגובת רת"ח תשתית במינהל האזרחי, מסומנים **__כנספח 14__** לחוברת ג'.

מר ולרשטיין חלק על ממצאי המינהל האזרחי בנוגע לקרוונים ששונעו שלא על פי ההיתר, ולמאחזים בלתי מורשים. מר ולרשטיין הציג רשימה בפני שר הביטחון, רשימה שנבדקה על ידי רת"ח תשתית ונמצא כי אין בסיס ראוי לעיקר קובלנותיו של ולרשטיין. עיון כללי בלבד בנטען במכתב וברשימת הקרוונים ומקום הצבתם לשיטתו של מר ולרשטיין מעלה כי טענותיו נסתרות מתוך מכתבו הוא, כאשר נטען במכתבו כי רק 2 קרוונים הוצבו במקומות בלתי מורשים, אך מהרשימה שמסר ולרשטיין עצמו עולה כי קרוונים אכן הוצבו במאחזים – אש קודש; מצפה אסף; עדי עד; הבית האדום; עמונה מעלה שלמה ואחרים – כל אלה מאחזים בלתי מורשים.

__המשך תנועת קרוונים למאחזים בלתי מורשים__

האם כתוצאה מהנחיית שר הביטחון בדבר ליווי קרוונים למקום היעד – מגיע כל קרוון ליעדו ומונח שם הנחת קבע?

תשובה חדה וברורה לשאלה לא אוכל להשיב. אולם זרם הקרוונים המגיע למאחזים בלתי מורשים מדבר בעדו.

לשם המחשה, לפי "דו"ח אתרים לא חוקיים ופלישות טריות ביש"ע" (הופק על ידי המתאם, רצ"ב **__כנספחים 1 ו - 2__** לחוברת ג'), סיכום נתונים בין 18.8.04 עד 5.12.04 מצביע על אלה:

בין התאריכים הנ"ל הונחו: 39 קרוונים, ו- 25 יבילים במאחזים בלתי מורשים, סה"כ: 64 קרוונים. (אינני מתייחסת בשלב זה להפרות חוק נוספות כמו הנחת 23 מבני קבע (160 מ"ר כל אחד) בברוכין, הכשרות בניה, בניה קשיחה פריצת דרכים ופעולות אחרות).

נראה על כן כי שינוע קרוונים ליעדים בלתי חוקיים הם מעשה נפוץ בשטחים. הקרוונים מחוברים מיד לתשתיות. חלקם מאוישים מיידית. הכנת התשתיות לקרוונים נוספים נמשכת.

דו"ח זה ממחיש את העובדה שמגיעים לשטחי המאחזים קרוונים, כמעשה נפוץ. כל זאת למרות הנחיית שר הביטחון בדבר לווי קרוונים ליעדם בידי כוחות צה"ל.

החמרה נוספת בקריטריונים למתן היתר לשינוע קרוונים לשטחים

מזכ"צ שר ביטחון תת אלוף איתן דנגוט מסר לי עתה (בחודש דצמבר 2004) כי בעקבות מידע שמסרתי לשר הביטחון באוקטובר 2004 בדבר מתן היתרים לשינוע קרוונים - למרות שהיה ידוע שאין למקום היעד סטאטוס תכנוני (לפי הידוע לי - באישור עוזר שר ביטחון להתיישבות), החליט שר הביטחון ל**החמיר** שוב, את תנאי אישור שינוע קרוונים.
תת אלוף דנגוט מסר לי כי עתה כל בקשה לשינוע קרוון נבדקת. כאשר אין למקום היעד סטאטוס תכנוני חוקי – נענית הבקשה בשלילה. בכל ישיבה המתקיימת לבחינת בקשה כאמור, משתתף נציג מתאם הפעולות בשטחים המוסר את האינפורמציה התכנונית הרלוונטית.

כמו כן **הוסיף שר הביטחון קריטריון** למתן אישור לשינוע קרוון. עתה נדרש מבקש ההיתר להוכיח בפני שר הביטחון את **הצורך הנטען בקרוון.** במקביל נערכת בדיקה אצל רשויות המדינה בדבר הצורך בקרוון. למשל, אם ניטען שהצורך נובע מהגדלת כיתות לימוד – יש לקבל התייחסות משרד החינוך לבקשה.

התנאים המתחייבים למתן היתר לשינוע קרוונים

יש לברך על החמרת הקריטריונים שנעשתה על ידי שר הביטחון למתן היתר לשינוע קרוונים לשטחים. עם זאת יש לעגן חלק מהתנאים שנקבעו על ידי שר הביטחון **בתחיקת הביטחון**, וכן יש לקבוע תנאים **נוספים** למתן היתר לשינוע קרוונים.

הצגת היתר בניה כתנאי לבקשה

נוהל הובלת מבנים יבילים ביש"ע קובע בסעיף 3.א.3)ה) כי על המבקש היתר לשינוע קרוון לצרף "היתר שניתן על ידי המועצה". לכאורה לפי הקבוע בנוהל יש צורך אם כן בצירוף היתר בניה מטעם ועדת התכנון. לפי עמדת משרד הביטחון אני למדה כי אכן נדרשת בפרקטיקה הצגת היתר בניה בתמיכה לבקשה לקבלת היתר לשינוע קרוון.

אני סבורה כי יש לעגן תנאי זה גם **בצו בדבר העברת טובין (1252)** ולא להותיר זאת רק בנוהל. כמו כן יש לקבוע בצו במפורש כי נדרשת הצגת היתר בניה כדין שהוצא בידי ועדת התכנון.

בנוסף אני סבורה כי יש לדרוש ממבקש ההיתר הצגת תצ"א של מקום היעד לקרוון, תוכנית מפורטת, וחתימה של מהנדס המועצה הרלוונטית כי הקרוון יוצב בהתאם לתוכנית. דרישות אלה יש לכלול בצו.

שאלת קיומו של סטאטוס תכנוני כדין, הינה רק אחת מהשאלות שחייבות להיבחן על ידי שר הביטחון. הכנסת קרוון לשטחי איו"ש, איננה כבניה רגילה, לגביה מעת שניתן היתר הבניה רשאי בעל ההיתר להתחיל לבנות. קרוון, כבר הזכרתי, הוא "בית על גלגלים". ניידותו הגבוהה, היותו הדרך הנפוצה ביותר להקמת מאחזים בלתי מורשים, עובדת ההשתלטות הבלתי חוקית על שטחים באיו"ש ואכיפת החוק החלשה (ראה פירוט בפרק 11 ופרק 12), כל אלה מחייבים את שר הביטחון לשיקול נוסף אם להתיר שינוע קרוון לשטח. עליו לשקול את הצורך הנטען בקרוון, עליו להשתכנע כי בדעת המבקש לשנע את הקרוון למקום היעד הנטען ולא למקום אחר.

בנוסף לכל אלה עליו לבחון האם מבחינה מדינית יש להתיר את שינוע הקרוון.

לפיכך בחינת ההיבט התכנוני הוא תנאי הכרחי, אך בהחלט לא ממצה.

נוכח ריבוי הקרוונים המגיעים למאחזים בלתי מורשים, החמרת הקריטריונים היא הכרחית.

הצגת תצהיר ערוך כדין לשם הוכחת הצורך הנטען בקרוון

נמסר לי במשרד הביטחון כי בעקבות המלצתי מחודש אוקטובר, דורש שר הביטחון מזה זמן, כי מבקש ההיתר יצביע על הצורך בקרוון המבוקש, ונדרש **לצרף תצהיר ערוך כדין בתמיכה לטענותיו.**
כמו כן נבדקת ההצהרה בתצהיר מול הרשויות הרלוונטיות (למשל, אם נטען שיש צורך בכיתת לימוד נוספת – נעשית בדיקה מול משרד החינוך).

אני סבורה כי יש לעגן את דרישת התצהיר בדבר הצורך בקרוון ב**צו בדבר העברת טובין (1252).**

תנאי למתן היתר לשינוע קרוון – הפקדת ערובה

אם תינקט קפדנות נוספת, ודאי יהיה בה כדי לתרום להפחתת תופעת שינוע קרוונים למאחזים בלתי מורשים. נראה לי על כן כי יש לנקוט בפעולות נוספות למניעת שינוע קרוונים למאחזים.

אני מציעה על כן לחייב את מבקש ההיתר ליתן **ערובה** להבטחת שינוע הקרוון למקום היעד המוצהר. סכום הערובה ייקבע על ידי מפקד האזור. היה ויתברר בשלב עתידי שקרוון שקיבל היתר להגיע למקום פלוני - אינו נמצא בו – תחולט הערובה. הערובה תעמוד בתוקפה משך 18 חודש מיום כניסת הקרוון לשטח איו"ש.

המלצותיי לעיל מעוררות שאלה משפטית אם ניתן להגביל מתן היתר בתנאים. אני סבורה כי התשובה על כך היא חיובית.

בסעיף **3 לצו בדבר העברת טובין (1252)** נקבע כי:

> "הממונה רשאי להתנות בהיתר תנאים, לרבות תנאים בדבר העשיה בטובין
> לאחר הבאתם לאזור והדרך בה יובלו ליעדם".

הנה כי כן נקבע בצו במפורש כי ניתן להתנות תנאים שמהותם לא נקבעה בצו, כאשר מטרת התנאים היא, בין השאר, לוודא את "העשיה בטובין לאחר הבאתם".
בענייננו מכוונת הערבות המוצעת לוודא שהצבת הקרוון לא תשונה ממקום יעדו המוצהר. לפיכך **תכלית הערבות המוצעת עולה בקנה אחד עם הקבוע בסעיף 3 לצו.**

בכל הנוגע **למהות התנאי** המוצע – קרי, **הפקדת ערובה**, הרי שגם כאן המוצע מעוגן בתחיקת הביטחון.

אני מפנה אותך ל**צו בדבר קביעת ערובות וחילוטן (יהודה ושומרון) (מספר 338) תש"ל – 1969,** הקובע בסעיף 1 לצו כלהלן:

> 1. סמכויות קביעת ערובות
> "(א) מפקד האזור או מפקד צבאי רשאים לקבוע כי לא יינתן רישיון לאדם אלא לאחר מתן ערובה להבטחת קיום התנאים שנקבעו באותו רישיון, כולם או מקצתם, או לקיום כל תנאי אחר שייקבע על ידי מפקד האזור או המפקד הצבאי בקשר לאותו רישיון.
> (ב) מפקד האזור או מפקד צבאי רשאים לקבוע כי לא תבוצע פעולה על ידם ביחס לאדם, אלא לאחר מתן ערובה להבטחת קיום תנאים שנקבעו לביצוע אותה פעולה".

סעיף 1(א) לעיל קובע אם כן כי מפקד האזור רשאי להתנות מתן היתר בתנאים לרבות מתן ערובה.

הצו בדבר קביעת ערובות וחילוטן (יהודה ושומרון) (מספר 338) תש"ל – 1969 קובע את סמכותו של מפקד האזור להתנות מתן רישיון בהפקדת ערובה. הצו אינו קובע הגבלה לגבי **איזה סוג רישיון** ניתן להתנות תנאי של הפקדת ערובה. לכאורה, הצו מכוון גם למקרה של מתן היתר לשינוע קרוון, ועולה בקנה אחד עם הקבוע בסעיף **3 לצו בדבר העברת טובין (1252)** המאפשר קביעת תנאים למתן ההיתר.

בכל הנוגע **למהות הערובה, דרכי הפקדתה וחילוטה**, קובע הצו **בדבר קביעת ערובות וחילוטן (יהודה ושומרון) (מספר 338) תש"ל – 1969** מספר הוראות.
סעיף 2 לאותו צו קובע מהי הערובה. הצו קובע כי הערובה יכולה להיות ערבות עצמית, ניתן לדרוש כי תצורף אליה ערבות ערב, או עירבון כספי של מבקש ההיתר, הכול לפי שיקול דעתו של מפקד האזור.

בכל הנוגע למימוש הערובה קובע הצו בדבר ערובות וחילוטן כי:

> "הופר תנאי אשר להבטחתו ניתנה ערובה בהתאם לסעיף 1, רשאי כל בית משפט צבאי שנתבקש לכך על ידי תובע צבאי להורות בצו על מימוש הערובה וחילוטה כולה או מקצתה."

מכאן שמימוש הערובה ניתן להתבצע בבית משפט צבאי, כקבוע בצו.

מימוש הצו בבית משפט צבאי יוצר קושי מסויים. כאשר פורש סעיף 2(א) ל**חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשל"ח - 1977** המאפשר העמדה לדין של ישראלים בבתי משפט בישראל בגין מעשים שנעשו באזור, ובתנאי שאילו היו נעשים בישראל היו הם בגדר עבירה, קבע הנשיא ברק כי:

> "המחוקק ביקש למנוע מצב דברים על פיו יועמד ישראלי לדין באזור – בגין פעולות פליליות "אזרחיות" – לפני בתי הדין הצבאיים, אשר מטבע הדברים נועדו לשפוט עבירות בעלות רקע ביטחוני. לשם כך ביקש המחוקק להעניק סמכות ישראלית, אשר תבוא תחת הסמכות המקומית" (ע"פ 163/82, **משה דוד נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(1), 622 בעמוד 642).

לאור זאת, יתכן כי הפורום שנקבע בצו לבירור הפרת הערובה, צריך להשתנות. קביעת בית משפט מוסמך אחר – בישראל – עלולה לעורר קושי. בפרק העוסק ברפורמה חקיקתית הנחוצה באזור אני מתייחסת לנושא דומה שיתכן שהפתרון שימצא לגביו יוכל להשליך על הפתרון המתאים גם לעניין זה.

מכל מקום, עולה מהמקובץ כי מפקד האזור רשאי להתנות מתן היתר לשינוע קרוון בתנאים (כקבוע בצו עצמו), ובין השאר בתנאי של מתן ערובה.

אני סבורה שיש מקום לקבוע תנאים אלה למתן היתר לשינוע קרוונים.

עמדת משרד הביטחון ביחס להפקדת ערובה

הצגתי הצעתי זו לשר הביטחון. בתשובתו עמד השר על כך כי יתכן שאין אפשרות חוקית להתנות את מתן ההיתר בתשלום ערובה, נוכח ההלכה שנקבעה בע"א 630/97 **הועדה המקומית לתכנון נגד שיר הצפון, חברה בע"מ** פ"ד נב(3), 399 (להלן: "**פרשת שיר הצפון**").

נראה לי כי אין לגזור מהאמור בפרשת **שיר הצפון** לענייננו. שם נקבע כי הועדה המקומית לתכנון ובניה אינה רשאית לחייב מבקש היתר בניה בהפקדת ערובה למילוי כל תנאי היתר הבניה, זאת מאחר שתקנות התכנון והבניה לא הסמיכו במפורש את הועדה לדרוש הפקדת ערובה כתנאי למילוי תנאי ההיתר. בית המשפט העליון קבע שם כי:

> "הנה כי כן רואים אנו, כי מקום שחפץ המחוקק להבטיח את קיומם של תנאים על ידי ערובה עשה זאת במפורש, תוך שהוא מפרט כיצד הדבר יעשה..."
>
> (שם, עמוד 515-416, כב' השופט אריאל)

לדעתי אין הנדון דומה לראיה. **הצו בדבר העברת טובין (1252)** קובע במפורש שניתן להתנות תנאים למתן ההיתר ובמיוחד תנאים בנוגע לעשיה בטובין לאחר הבאתם למקום היעד. **הצו בדבר קביעת ערובות וחילוטן (יהודה ושומרון) (מספר 338) תש"ל – 1969,** קובע **במפורש** סמכות של מפקד האזור להתנות מתן היתר בהפקדת ערובה, ואף קובע דרך לחילוט הערובה אם יופר התנאי. בשתי נקודות אלה, המהותיות, שונה ענייננו מפרשת **שיר הצפון**. יתר על כן, ניתן להניח כי הזכות לקבלת היתר בניה, היא זכות קניינית. קביעת תנאי של הפקדת ערובה כספית, שאינו קבוע בתקנות, מהווה הגבלה מהותית לקבלת היתר הבניה. בין השאר מטעם זה ניתן להבין פסיקה שאינה מכירה בהתנאת תנאי של הפקדת ערובה לגבי קבלת היתר בניה. ענייננו שונה בתכלית. למבקש היתר לשינוע קרוון אין כל זכות להכניס את הקרוון לשטחי איו"ש. הוא זקוק לאישור הממונה, שיכול שינתן ויכול שלא יינתן, כאשר מערכת השיקולים היא מורכבת כמבואר לעיל.

שאלה אחרת שיש להיזקק לה בהקשר לתנאי המוצע על ידי היא בדבר סבירות שיקול הדעת של מפקד האזור, שיחליט לדרוש הפקדת ערובה כתנאי למתן היתר לשינוע קרוון.

נראה לי כי בנסיבות הנוכחיות, בהן נוספו שוב ושוב תנאים שונים למתן היתר כאמור, ועדיין מגיעים קרוונים למאחזים בלתי מורשים, והקשיים המדיניים והביטחוניים שמעשים אלה גורמים, אזי החלטה בדבר הפקדת ערובה כתנאי נוסף למתן היתר לשינוע קרוון, היא סבירה ומידתית.

שר הביטחון הזכיר בתשובתו אלי כי הערבות לא תוכל לעמוד בתוקפה ללא הגבלת זמן. אני מסכימה עמו. אני סבורה כי באיזון שבין הצורך בערבות, מחד, ובין הנטל שהדבר מטיל על מבקש היתר השינוע מאידך, ניתן לקצוב תקופה של 18 חודש.

סיכום

יש לקבוע בתחיקת הביטחון את התנאים שנזכרו לעיל, שחלקם כבר נדרשים בפועל, והם:
הוספת הוראה ל**צו בדבר העברת טובין (1252)** בנוגע לחובת מבקש היתר להציג היתר בניה כדין מועדת התכנון בדבר הקרוון המיועד ולמקום היעד וכן הצגת תוכנית מפורטת מאושרת, ותצ"א של מקום היעד וכן אישור מהנדס המועצה המקומית כי הצבת הקרוון תיעשה בהתאם לתוכנית; הוספת הוראה לצו האמור בדבר הדרישה כי מבקש ההיתר יסביר את הצורך בקרוון ומטרת
ייעודו וימסור על כך תצהיר ערוך כדין; הוספת תנאי כי היתר לשינוע קרוון יינתן רק אם תופקד ערובה שתעמוד בתוקפה למשך 18 חודש מיום כניסת הקרוון לשטחי איו"ש. הממונה יקבע את גובה הערובה. היה וישונע הקרוון ממקומו – תחולט הערובה.

בנוסף לאלה יש לקדם פעולות חקיקה נחוצות ואכיפה פלילית אפקטיבית בכל הנוגע לשינוע קרוונים ללא היתר כדין או שינוע קרוונים שלא על פי היתר כדין - ראה פרק אכיפת החוק בשטחים ורפורמות חקיקתיות.

המלצות

אני ממליצה בפניך להנחות את שר הביטחון לקבוע בצו בדבר העברת טובין (1252) ובנוהל הובלת יבילים (ככל שההוראות שלהלן אינן קבועות בו), גם את אלה:

1. **תנאי למתן היתר לשינוע קרוון יהיה: הצגת היתר בניה כדין שניתן על ידי ועדת תכנון, שיצורף לבקשה; הצגת תצ"א של מקום היעד לקרוון; תוכנית מפורטת, וחתימה של מהנדס המועצה הרלוונטית כי הקרוון יוצב בהתאם לתוכנית.**

2. המינהל האזרחי והמתאם יבחנו בכל בקשה להיתר שינוע יבילים אם אכן היתר בניה הוצא כדין, וכי הקרוון יוצב, כמוצג בפניהם, לפי התוכנית. הם יעבירו חוות דעתם זו בכתב לשר הביטחון.

3. המבקש היתר לשינוע קרוון יצביע על הצורך בהובלת הקרוון לשטחים. הוכחת הצורך הנטען תגובה בתצהיר ערוך כדין.

4. היה ויינתן היתר לשינוע קרוון, הוא יהיה מותנה בתנאים. תנאי למתן היתר יהיה המוצע בסעיף 5 להלן.

5. המבקש ימציא לממונה ערובה להבטחת התחייבותו כי הקרוון יגיע למקום היעד ויישאר שם. המבקש יתחייב כי היה ותנאי מתנאי ההיתר לשינוע יופר תוך 18 חודש מיום שהקרוון נכנס לשטחי איו"ש – תחולט הערובה.

9.1.10 הסדרת סטאטוס תכנוני לפי סעיף 34א' לחוק התכנון והבניה הירדני ומתן היתר לשינוע קרוונים בהסתמך עליו

תנאי למתן היתר לשינוע קרוון לשטחי איו"ש הוא שלמקום היעד אליו מיועד הקרוון יש סטאטוס תכנוני כדין.

הוצג לפני מקרה אחד בו התבקש שר הביטחון לאשר שינוע קרוונים בהעדר סטאטוס תכנוני במקום היעד. כדי לאפשר מתן היתר לשינוע קרוונים, הוצע להסדיר סטאטוס תכנוני למקום היעד.
הוצע לשר הביטחון להמליץ בפני ועדת התכנון לעשות שימוש בסעיף 34א לחוק התכנון והבניה הירדני, המאפשר בהתקיים נסיבות מיוחדות, הוצאת היתר בניה לפי תוכנית חדשה על אף שזאת טרם קיבלה תוקף, ובלבד שבשטח האמור חלה תוכנית ישנה (מנדטורית).
אפשרות משפטית זו באה לתת פיתרון למצב בו לא ניתן לקבל את ההיתר המבוקש על פי התוכנית הישנה, ואילו התוכנית החדשה, המתעכבת מחמת סירבול הליכי התכנון, מצויה בשלב מתקדם לאחר ההפקדה. (הסדר הדומה מאד לזה הקבוע בסעיף 97א לחוק התכנון והבניה הישראלי, שכותרתו: "היתר על פי תוכנית שהופקדה").

המלצת שר הביטחון לראש המינהל האזרחי כי ועדת תכנון תאשר מתן היתר בניה בהסתמך על סעיף 34 א היא הכרחית, שכן ועדת התכנון אינה מוסמכת לתת רישיון על פי תוכנית אלא באישור ראש המינהל האזרחי (ראה סעיף 2(ג) **לצו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (מספר 1445).** ראש המינהל האזרחי כפוף כידוע לשר הביטחון ומונחה על פי הוראותיו.

הרעיון העומד בבסיס המלצת שר הביטחון לועדת התכנון, לעשות שימוש בסעיף 34א הוא שבאופן הזה יוסדר סטאטוס תכנוני למקום היעד של הקרוונים לגביהם מתבקש היתר לשינועם. לאחר שהועדה תאשר הוצאת היתר בניה על בסיס סעיף 34א – ניתן יהיה לתת היתר לשינוע הקרוונים, באשר הסטאטוס התכנוני לכאורה הוסדר.

אלה העובדות הידועות לי בנושא:

באוגוסט 2003 התבקש שר הביטחון לאשר שינוע והצבת 27 קרוונים לישוב ברכה. מן הראוי לומר כבר עתה כי לישוב ברכה אין סטאטוס תכנוני חוקי.

לאחר דיון בין שר הביטחון ועוזר שר הביטחון להתיישבות, אישר מזכירו הצבאי של שר הביטחון, תא"ל מייק הרצוג, כי שר הביטחון ינחה את ע' השר להתיישבות לפנות לראש המינהל האזרחי באיו"ש בהמלצה כי רשויות התכנון באזור ידונו באפשרות להעניק היתר ל – 27 קרוונים למגורים בהסתמך על סעיף 34א לחוק התכנון והבניה הירדני. על בסיס אישור זה יאשר שר הביטחון לשנע את 27 הקרוונים.
מכתב מזכ"צ שר הביטחון תת אלוף מייק הרצוג מיום 3.9.03 לע' שר הביטחון להתיישבות רצ"ב, מסומן **<u>כנספח 15</u>** לחוברת ג'.

אישור זה בוצע. לאחר מכן ניתן היתר לשינוע 27 הקרוונים, שהגיעו לישוב ברכה.

אציין כי בשנת 2004 התבקש שר הביטחון לאשר שוב שינוע קרוונים ליעד שאין לו תוכנית מפורטת כדין. השר התבקש לחזור על ההנחיה לועדות התכנון שיוציאו היתר בניה לפי סעיף 34א לחוק התכנון והבניה הירדני. הפעם ביקש השר חוות דעת משפטית מהיועץ המשפטי ליהודה ושומרון ואף קיבל.
חוות הדעת שללה המלצת שר הביטחון לשימוש בסעיף 34א באותו מקרה, וגם המליצה בפני השר לקבוע כללים ברורים מתי ימליץ ומתי לא ימליץ בפני ראש המנהל האזרחי כי ועדת תכנון תעשה שימוש בסעיף 34א לחוק התכנון, כדי שההחלטות בנדון יעשו על פי קריטריונים ברורים.

אני סבורה שיש לקבוע כללים ברורים למתן המלצה על ידי שר הביטחון לראש המינהל האזרחי ולוועדת תכנון לעשות שימוש בסעיף 34א לחוק התכנון והבניה הירדני, כדי לאפשר לאחר מכן מתן היתר לשינוע קרוונים. השימוש בסעיף צריך להיעשות בריסון רב.

ביום 24.1.05 הודיעני שר הביטחון כי בעקבות חוות דעת משפטיות שקיבל, קבע כללים ביחס להפעלת סעיף 34א לחוק התכנון והבניה הירדני.

אלה הכללים שקבע שר הביטחון בעניין:

"אין מקום לפעול בהתאם לסעיף 34א (לחוק התכנון והבניה הירדני – ט.ש.) אלא בהתקיים כל התנאים הבאים:

א. קיים אישור של שר הביטחון להשלמת הליכי התכנון לגבי התוכנית החדשה, לרבות הפרסום לתוקף.

ב. אין מניעה למתן ההיתר מבחינת השיקולים התכנוניים.

ג. קיים עיכוב בהשלמת הליכי התכנון שאינו פועל יוצא מן הצורך לבחון מחדש את הפרוגרמה התכנונית של התוכנית שהופקדה. במלים אחרות, העיכוב אינו פועל יוצא של פגמים בתוכנית שהתגלו לאחר תקופת ההפקדה ו/או של שינוי מהותי בנסיבות שמחייב את שינוי התוכנית.

ד. בקשת ההיתר מתייחסת למבנה ציבור, בשונה ממבנה מגורים או מבנה בעל ייעוד פרטי אחר".

הכללים המתוארים לעיל שנקבעו על ידי שר הביטחון נראים לי.

עליהם אני מציעה להוסיף כי יינתן **תצהיר ערוך כדין** בדבר **הצורך** בשינוע קרוון למבנה הציבור ומה **הדחיפות** בכך, שהרי דרך העניינים הרגילה היא שטרם פרסום לתוקף של תוכנית לא ניתן לקבל היתר בניה על פיה. מנגנון זה לפי סעיף 34א מהווה חריג לכלל. יש מקום לדרוש הסבר מדוע מבקשים לחרוג מהכלל.

בנוסף – יש מקום להנחות את שר הביטחון להוציא **נוהל** בקשר לכללים אלה כדי שהדברים יהיו מעוגנים בכתובים וברורים גם בעתיד.

<u>המלצות</u>

אני ממליצה להנחות את שר הביטחון לעגן את הכללים לעיל בדבר ההנחיה בשימוש בסעיף 34א לחוק התכנון והבניה בנוהל. אני ממליצה להוסיף לכללים שקבע שר הביטחון את המלצתי שלעיל בדבר דרישת הצגת תצהיר ערוך כדין בדבר הצורך במתן היתר בניה כאמור, והדחיפות לכך.

9.1.11קביעת קדנציות לתפקידי ניהול במינהל האזרחי

נושא זה שאני מעלה אותו בפניך כאן הוא רגיש באשר הוא נוגע לתפקודם של בעלי תפקידים בתוך המנהל האזרחי. אך מצאתי שאין מנוס מלהביאו בפניך במסגרת חוות דעתי זאת.

מעצם תפקידם של אנשי המינהל האזרחי, מצויים הם בעין הסערה מול מתנחלי יש"ע. בידם להנפיק אישורי בניה, בידם לפקח או להעלים עין מבניה בלתי חוקית; בידם לתת פרשנות כזאת ואחרת להחלטות הממשלה בדבר התנאים להגשת בקשה לתוכנית מתאר או תוכנית מפורטת; בידם לאשר חיבור חשמל למאחז או לסרב לאשר; בידם לאשר חיבור מים למקורות או לסרב לאשר; בידם לאשר שינוע קרוונים או לסרב לשינועם ועוד כהנה וכהנה סמכויות הרלוונטיות לפיתוח ישובי איו"ש ותנאי החיים בהם.

אנשי המינהל האזרחי עומדים חשופים מול אוכלוסייה חדורה להט אידאולוגי לקידום הבניה הישראלית באיו"ש.
צרוף שני הנתונים לעיל, של סמכויות נרחבות מחד - מול אוכלוסייה חדורת מוטיבציה מאידך, מעלים כי אנשי המינהל האזרחי חשופים לפניות, לחצים ודרישות לאשר לאנשי יש"ע את מבוקשם.

החשיפה ללחצים, אינה נחלתם של אנשי המינהל האזרחי בלבד. זוהי מנת חלקו של החייל, הקצין, והשוטר העומד מולם, ואין בידו לספק תמיד את "הסחורה" בה מעוניינים מי מאותה אוכלוסייה.

אך בפרק זה אסקור את הלחצים שהופעלו דווקא על **ראש המינהל האזרחי**, מקרה שמן הראוי להדגיש אותו בפניך מחמת המסקנות שהוא מחייב. הפעלת לחצים על ראש המינהל האזרחי מלמדת עד כמה חשופים בעלי תפקידים במינהל האזרחי ללחץ ודרישות.

תת אלוף אילן פז, ראש המנהל האזרחי, הסכים כי אציין בפניך את שמו כמי שהוכפש ו"סומן" על ידי מתנחלים באיו"ש. לדעתו, מחמת הטעם שלשיטת המתנחלים - אינו אוהד את מפעל ההתנחלות. מחמת

אלה הוא חשוף לאי נעימות רבה, בלשון המעטה. עוד אציין כי לא ניתן לקשור כל אחד מהמעשים שיפורטו להלן לאדם מסוים. אך הכוון ממנו הגיעו הלחצים הללו ברור לתת אלוף פז, ולא רק לו.

ראש המינהל האזרחי, נמצא לפי טענתו זה תקופה ארוכה תחת מעקב של חברת חקירות; לטענתו הופעלו לחצים כלפי משפחתו; לדבריו פורסמה כתבת טלוויזיה מכפישה עליו באחד הערוצים, בה נטען כי הוא ראש המינהל האזרחי לא דאג למלוא האישורים לבניית צריף בחצר ביתו עבור אמו; תת אלוף פז טען בפני כי בכתבה הוא נראה מצולם בביתו במצלמה נסתרת (אם אכן אלה פני הדברים הרי שודאי שהמעשה איננו חוקי למותר לציין בפניך); הוא טען בפני שהיה לחץ לפטר אותו מצה"ל.

על הלחצים המופעלים כלפיו ונגדו מאחורי גבו, קיבלתי אישוש גם ממקורות אמינים ביותר אחרים. קצין בכיר אחר הסביר לי כי ככל שיש ביקורת כלפי קצין המכהן בתפקיד ביטחוני בכיר בשטחים, עדיין יש "התחשבות" בכך שהוא תורם למיגור הטרור והלחץ כלפיו, גם אם הוא מסרב "להתיישר" מול תביעות המתנחלים, מתון יותר מאשר כלפי מי שמזוהה עם המינהל האזרחי, לגביו הלחץ עלול להיות ברוטאלי יותר.

אלה דברים חמורים, גובלים בפלילים אם נעשו, והיכולת להוכיח מניין באו (כמעקב, צילום בביתו במצלמה נסתרת) – שואפת לאפס. אין צורך להרחיב בדבר הנזק החמור הנגרם לא רק לאדם עצמו שנחשף להתנהגות כזו, אלא לעובדי הציבור בכלל ובמינהל האזרחי בפרט. כל עובד, ודאי זוטר, קולט היטב את המסר, ומבין שככה יעשה לאיש שהמלך **איננו** חפץ ביקרו.

ואם כך הוא לגבי ראש המנהל האזרחי – ודאי וודאי שזה המצב ביחס לעובדי המינהל האזרחי מהשורה. ויש לשים לב שהכוונה איננה רק לאיומים דווקא, אלא הדבר יכול לקבל לבוש של שידול ובקשה חוזרים ונשנים, ולחץ של עוד פניה ועוד פניה, מבעל תפקיד בכיר לבעל תפקיד בכיר עוד יותר – וגם להם יש את האפקטיביות שלהם.

המסקנה המתבקשת היא ששירות אנשי המינהל האזרחי תקופה ממושכת באותו תפקיד, חושפת אותם להשפעה וללחצים מתמשכים, ויש לכך תרומה שלילית בנוגע לרמת התפקוד הנדרשת מאותו בעל תפקיד. בעוד שבצה"ל ישנה תחלופה קבועה, המקובעת בכללי הצבא, אין כך הדבר בנוגע לאנשי המינהל האזרחי.

עוד אציין כי מערכת המינהל האזרחי תוארה בפני על ידי אחד מהקצינים היותר בכירים עמם נפגשתי כ"**מערכת מחוררת**" בלשונו. לדבריו סיכום ישיבות של ראש המינהל האזרחי מגיע מיד לידי ראשי המתנחלים; מסמכים פנימיים רבים מוצאים דרכם אליהם תוך הפרת כל הוראות שמירת מסמכים פנימיים בתוך המערכת של משרד הביטחון. הדבר נובע ממידה רבה של הזדהות של כמה מנושאי תפקידים במינהל האזרחי עם אוכלוסיית המתנחלים, ומקשה על בדיקה אובייקטיבית של בקשות שונות שמגיעות לשולחנם של העושים במלאכה במינהל האזרחי. יש לזכור כי אנשי המינהל האזרחי חייבים באובייקטיביות בהחלטותיהם, שהרי לא פעם, החלטה המטיבה עם פלוני, עלולה להרע עם אלמוני.

נראה לי כי מאחר שתפקידי המינהל האזרחי נוגעים בסוגיות השנויות במחלוקת חריפה בציבור הישראלי; נוגעים בזכויות אדם שעלולות להיפגע עקב החלטות שונות; חשופים באופן אינהרנטי לתפקידם ולמקום הימצאם ללחצים מצד אוכלוסיית המתנחלים – מן הראוי לדאוג כי כוח האדם המאייש את התפקידים הללו **יתחלף כל פרק זמן קבוע של מספר שנים בתפקיד**.

<u>המלצה</u>

אני ממליצה בפניך להנחות את שר הביטחון להורות למתאם הפעולות בשטחים וראש המינהל האזרחי לקצוב פרק זמן מסוים למילוי קדנציה בתפקידי ניהול במינהל האזרחי בתיאום עם נציבות שירות המדינה.

9.2 עוזר שר הביטחון להתיישבות

<u>מבוא</u>

עוזר שר הביטחון להתיישבות הוא פונקציה מרכזית בתוך משרד הביטחון שיש לה קשר לנושאי ההתיישבות בשטחים ובכללם מאחזים בלתי מורשים.

בפתח הדברים אומר מיד כי מחמת קוצר הזמן לא בדקתי את מעורבותו הכוללת של עוזר שר הביטחון להתיישבות בכל הנוגע לשאלת המאחזים הבלתי מורשים. בעניין זה יש מקום לבדיקה בהקשר התקציבי – שכן יחידת עוזר השר חולשת על תקציב מסוים ויש לבדוק אם חלקו לא מצא דרכו למאחזים בלתי מורשים; יש צורך בבחינת הקשר בין יחידת עוזר השר לבין פיקוד העורף וגורמי מדינה אחרים המעורבים בתקצוב מרכיבי ביטחון ועניינים נוספים הקשורים למועצות המקומיות באיו"ש; יש צורך בבחינת נהלים פנים - משרדיים של משרד הביטחון, ונושאים נוספים.

ובכל זאת מצאתי לנכון להזכיר את עוזר שר הביטחון כבר עתה בנוגע לנושאים מסוימים בהקשר למאחזים בלתי מורשים שכן מצאתי את עקבות מעורבותו בנושא במשרדי ממשלה וארגונים שונים מהם קיבלתי חומר. יש מקום להעיר כבר בתחילת הדברים, כי חלק מהפעולות שעשה ע' שר הביטחון להתיישבות אליהן אפנה אותך כאן, נעשו בעבר גם על ידי עוזרי שר הביטחון להתיישבות בתקופות שונות, וגם על ידי בעלי תפקידים בכירים אחרים מחוץ למשרד הביטחון.

הנושאים המרכזיים בהם אעסוק במסגרת זו:

9.2.1. סמכותו של עוזר שר הביטחון להתיישבות
9.2.2. "אישור" מאחזים בלתי מורשים על ידי עוזר שר הביטחון להתיישבות
9.2.3. אישור שינוע קרוונים ליעד חסר סטאטוס תכנוני
9.2.4. הנחייה בדבר אספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים

9.2.1 היקף סמכותו ומהות תפקידו של עוזר שר הביטחון להתיישבות

תחילה אתאר בקצרה את מהות תפקידו של עוזר שר הביטחון להתיישבות.

יחידת עוזר השר כפופה ישירות לשר הביטחון. יחידה זו מפעילה יחידת משנה להתיישבות ולתשתית לאומית, הנקראת היחידה להתיישבות; תפקידיו של עוזר שר הביטחון להתיישבות הוגדרו בהוראות פנימיות של משרד הביטחון. תפקידיו של עוזר השר הם רבים, וקשורים כולם לנושא ההתיישבות. בהתאם להגדרת תפקידיו, אמור עוזר השר לעסוק במתן סיוע לרשויות מקומיות וליישובים בהקצאות

תקציב לרכישת מרכיבי ביטחון; ייזום וסיוע בנושאי ביטחון בתחומי ההתיישבות; פיקוח ומעקב על ביצוע מדיניות שר הביטחון בנושא ההתיישבות בתחומי איו"ש; תיאום בין משרדי ממשלה שונים לבין פיקוד העורף;

תפקידיו הנ"ל של עוזר השר מתפרסים על ההתיישבות בישראל בכללה. אך נראה כי חלק ניכר מעיסוקו בפועל מתמקד באזור איו"ש וחבל עזה.

9.2.2 "אישור" מאחזים בלתי מורשים על ידי ע' שר הביטחון להתיישבות

בברור שערכתי בחטיבה להתיישבות, במקורות, ובחברת חשמל התברר כי במהלך הטיפול ביישובים שונים באיו"ש צפה ועלתה השאלה האם היישוב המדובר הוא חוקי אם לאו. לשאלה זו היתה השלכה על עמדת מקורות, חברת חשמל, והחטיבה להתיישבות ביחס לאותו מקום יישוב.

מתברר כי ע' שר הביטחון להתיישבות נהג להתערב בדבר, ולשגר מכתבים לאותו משרד. מן הראוי להביא דברים בשם אומרם כלהלן:

במכתב שהופנה אל החטיבה להתיישבות מיום 9.2.03 (ראה **נספח 5** לחוברת ג') כותב ע' שר הביטחון מר רון שכנר את הדברים הבאים:

> "הריני מאשר שהישובים שיפורטו להלן מתפקדים כישובים עצמאיים לכל דבר ויש לנהוג בהם ככאלה לכל דבר ועניין כולל נושא תקציב וסימול הישוב. פני קדם; איבי נחל; חרשה; נווה ארז; מיגרון; מצפה כרמים; מבואות יריחו."

אין זה מכתבו היחיד של מר שכנר באותו סוג עניינים. מכתבי "אישור" של מאחזים בלתי מורשים הוצגו בפני על ידי החטיבה להתיישבות ומקורות, ראה **נספח 5** לחוברת ג'. מר שכנר מאשר כי כתב מכתבים אלה ושיגרם לחטיבה להתיישבות. (להלן: "**מכתבי שכנר**")

בבג"צ 9195/03, **הכלייה ויינשטוק נ' הממונה על הרכוש הממשלתי בחבל עזה** (תק-על 2003(4), 1504), הציגו העותרים, בין השאר, את מכתבו של מר רון שכנר אל החטיבה להתיישבות, מיום

1.6.03 לעניין המאחז שירת הים בחבל עזה, כאסמכתא בדבר אישורו של הישוב על ידי הרשויות המוסמכות. בנוסח המכתב מופיע ניסוח דומה לזה המופיע במכתב שכנר שלעיל (מיום 9.2.03). מכתב שכנר באותו עניין הסתמך על מכתב בנוסח דומה שנכתב לגבי אותו מאחז שירת הים בידי מנכ"ל משרד ראש הממשלה לשעבר אביגדור יצחקי.

כב' השופט חשין בדעת רוב קבע כי אין במכתב זה משום אסמכתא ראויה לעובדה כי היישוב אושר כדין, אך הסיק ממנו שהוא משקף במידת מה את עמדת המדינה ביחס לאותו מאחז, וכך כתב:

> "ניתנת האמת להיאמר כי מדיניות הממשלה כלפי יישוב שירת הים ניתן לאפיינה כמדיניות מהוססת משהו, מעין "אין ולאו ורפיא בידיה".

כתב, אך לא היה מוכן לראות במכתב זה את חזות הכל וכפוטר את הטוענים לחוקיות המאחז מלהוכיח את הנדרש לצורך הוכחת קיומו כיישוב חוקי.

לא כך פסקה השופטת דורנר. בין יתר הנימוקים שמנתה מדוע אין לפנות את המאחז, הסתמכה גם על מכתב שכנר, וכך כתבה ביחס אליו:

> "...ממילא כאשר רשויות ממשלתיות בדרגים גבוהים גילו דעתן כי רואות הן ב"שירת הים" יישוב לכל דבר ועניין, ואף הניעו את ההסתדרות הציונית לתמוך באתר, אין מקום לפנות את העותרים ......"
> (שם, עמוד 3 לפסק הדין).

אכן, השופט חשין היה בדעת רוב ואילו השופטת דורנר היתה בדעת מיעוט, אך בהתייחסות שני השופטים למכתבים שהוצגו בפניהם, של מנכ"ל משרד ראש הממשלה ושל ע' שר הביטחון להתיישבות, יש כדי ללמד על עוצמת פעולתם של המכתבים, ונפקותם המשפטית האפשרית.

לא רק על בית המשפט העליון עשו מכתבים אלה רושם, הם הותירו רושם רב גם על החטיבה להתיישבות. בעיני חלק מהרשויות שקיבלו אותם הם נחזו כאסמכתא לנהוג באותו יישוב הנזכר במכתב כיישוב שהוכר לכל דבר ועניין על ידי רשויות המדינה (ראה בעניין זה מכתב מנכ"ל החטיבה להתיישבות אלי מיום, 7.12.04 <u>**נספח 5**</u> לחוברת ג').

אם נחזור למכתבי שכנר בהם נזכרת רשימה ארוכה של מאחזים בלתי מורשים, הרי יש להזכיר כי ממשלת ישראל לא החליטה מעולם על הקמת היישובים הנקובים במכתב שכנר; שר הביטחון לא אישר את הקמתם כהרחבה ליישוב קיים; אין להם תוכנית מפורטת כדין; וחלקם ממוקמים על קרקעות פרטיות של פלסטינים.

דרישת ע' שר הביטחון להתיישבות למתן **סמל ישוב** לאותם מאחזים - אילו דרישה זו היתה מתמלאת, היתה מאפשרת לאותם מאחזים לקבל מענקי איזון ממשרד הפנים (תקצוב הרשויות המקומיות בישראל).

עוד אציין כי בין הקריטריונים למתן סמל ישוב הוא שליישוב יש סטאטוס תכנוני כדין.

דרישה זו לסמל יישוב עומדת בניגוד גמור למדיניות משרד הביטחון הרואה ברובם מאחזים בלתי מורשים. שר הביטחון אף נדרש להציג בכנסת נתונים ביחס למאחזים בלתי מורשים. בין היישובים שנזכרו על ידי עוזרו (תת אלוף שפיגל) בשמו של השר, כמאחזים בלתי מורשים, מצויים חלק מהיישובים הנזכרים במכתבו של מר רון שכנר.

יתר על כן. עוזר שר הביטחון להתיישבות אמור לעסוק בנושאי ביטחון היישובים באיו"ש. אין זה מתפקידו לעסוק בתיקצובם של המאחזים ובהכרה בהם על ידי הענקת סמל יישוב. התייחסותו לנושאים אלה מהווה לכאורה חריגה מסמכות.

מצאתי לנכון להציג מכתב זה למר רון שכנר ע' שר הביטחון להתיישבות, על מנת לתת לו הזדמנות להסביר את פשר הפניה לחטיבה להתיישבות ואחרים.

__**תשובות ע' שר הביטחון להתיישבות למכתבי שכנר**__

עיקר דבריו ביחס למכתב שכנר מיום 9.2.03 מלמד על גישתו שבאה לידי ביטוי גם במכתביו האחרים. מר שכנר אישר כי שלח מכתבים אלה לחטיבה להתיישבות, אך טוען כי לא שלח אותם למקורות. מר שכנר מסביר כי כתב את האמור במכתב "משום במקומות האלה גרים אנשים. כל זמן שהם במקום הם זכאים לשירותים בסיסיים, בעיקר לאלה הקשורים לביטחון. כשכתבתי שאני מבקש להתייחס לנקודות אלה כמו בישובים עצמאיים אני מתכוון בעיקר לנושא הקשור למרכיבי ביטחון. לא אמרתי שהם חוקיים או לא. לא הבעתי שום דעה

אם הם חוקיים ולא נתתי שום אישור לסטאטוס שלהם אלא קבעתי שיש להתייחס אליהם בהיותם שם ואנשים חיים בשטח ולכן צריך לדאוג לדברים הבסיסיים הקשורים בביטחון"

מר שכנר לא הבהיר בדבריו עמי מדוע ביקש להעניק לאותם מאחזים סמל ישוב ותקצוב. תוכן דבריו כפי שנרשם על ידי בעניין זה רצ"ב, מסומן כ**נספח 16** לחוברת ג')

מסקנתי מהדו שיח עמו, ובעיקר נוכח הכתוב במכתבי שכנר, היא כי מר שכנר התערב לטובת המאחזים הבלתי מורשים, ביקש מהחטיבה להתיישבות להתייחס אליהם כאל יישוב לכל דבר ועניין, כולל מתן סמל יישוב ותקצוב. הדבר נעשה בלי ליידע את שר הביטחון (שאף איננו מכותב למכתב) ובניגוד לעמדת שר הביטחון לפיה לפחות חלק המאחזים המנויים ברשימה שבמכתב שכנר הם מאחזים בלתי מורשים.
לכאורה, מתוך נוסח הכתוב במכתב, נראה כי הוא נכתב כדי לטעת בלב הרשות אליה נשלח (כיצד מצא דרכו גם למקורות אינני יודעת, אך לדברי מהנדס מקורות עמו שוחחתי הוא הופנה לשם כאסמכתא לכך שהיישובים "חוקיים" הם) את הרושם כי מדובר ביישוב חוקי, שהרי זה פשוטו של הכתוב בו. המקבל ודאי יתקשה להניח כי דרג רם מעלה כמו ע' שר הביטחון להתיישבות איננו משקף את עמדת הממשלה, וכותב מכתב כזה בניגוד למדיניותה.

אינני יודעת אם מכתב זה נשלח מתוך כוונה שיסדיר מתן מרכיבי ביטחון ליישובים המנויים בו, כטענת מר שכנר. כל שאוכל לקבוע הוא כי גם אם הכותב התכוון לכך – הרי זה איננו כתוב שם. מאידך ברור כי כל קורא סביר יסיק מהמכתב הוא שדרג רם מעלה במשרד הביטחון מאשר שמדובר ביישובים חוקיים. ומי לנו יותר משופטי בית המשפט העליון והרושם שהתרשמו ממכתב דומה.

בכל הנוגע לשאלת חוקיות המאחזים שנזכרו במכתבי שכנר, אוכל לקבוע כי הממשלה לא אישרה אותם; אין להם סטאטוס תכנוני; חלקם ממוקמים על קרקעות פרטיות של פלסטינים.

<u>הנזקים האפשריים ממכתבי שכנר</u>

א. מכתבים אלה מהווים חריגה מסמכות.

ב. מכתבים כאמור עלולים להביא את רשויות המדינה לטעות, ולפעול בניגוד לחוק ולנהלים – גם אם לא התכוונו לכך. החטיבה להתיישבות מסתמכת על מכתבים אלה כביכול יש בהם אישור

חוקי לפעולותיה הנוגדות את החלטות הממשלה והחוק. מכתבים כאמור היו עלולים להטעות רשויות אחרות (כמו מקורות, שסירבה להסתמך עליהם).

ג. מכתבים אלה נוגדים את עמדת שר הביטחון. עוזר שר הביטחון איננו מורשה לייצר מדיניות משל עצמו. הוא אמור לייצג את מדיניות שר הביטחון בכל הנוגע להתיישבות

בשטחי איו"ש. ודאי וודאי שאיננו רשאי ליתן הוראות המנוגדות לחלוטין לעמדת שר הביטחון, שקבע כי יישובים הנזכרים במכתבי שכנר הם מאחזים בלתי מורשים.
מכתבים אלה היוו מסר כפול שנשלח לרשויות המדינה, כביכול מפי נציגו הבכיר והישיר של שר הביטחון. בצד עמדת משרד הביטחון ביחס למאחזים אלה, עמדה שבאה לידי ביטוי בשלב מאוחר יותר בהצהרותיו של שר הביטחון בכנסת כי הם בלתי מורשים, קובע עוזרו הבכיר, שיש להתייחס אליהם בפועל כאל יישובים חוקיים. **הנה לפנינו דבר והיפוכו, יד אחת המושכת לצד אחד ושניה לכוון הנגדי. פעולות אלה הינן בבחינת חוסר תקינות מנהלית.**

9.2.3 אישור שינוע קרוונים ליעד חסר סטאטוס תכנוני

עוזר מתאם הפעולות בשטחים ערך בדיקה במשרד הביטחון בנוגע למתן היתרים לשינוע קרוונים שניתנו במשך תקופה מסוימת בשנת 2003. עולה כי עוזר שר הביטחון להתיישבות אישר בשם שר הביטחון בשנת 2003 שינוע קרוונים לאזור איו"ש. לפי נוהל אישור שינוע קרוונים, בודק המינהל האזרחי את הבקשה, וקובע אם ליעד המבוקש יש סטאטוס תכנוני אם לאו. אם נמצא שאין לו סטאטוס תכנוני – נוהג המינהל שלא להמליץ על מתן ההיתר. יש לציין כי המינהל האזרחי בודק נתון זה בלבד ולפיו הוא קובע אם הוא ממליץ או לא.
מתברר שבמספר מקרים בהם המינהל האזרחי סרב להמליץ – מחמת העדר סטאטוס תכנוני למקום היעד, אישר עוזר שר הביטחון להתיישבות היתר לשינוע הקרוונים. רצ"ב **<u>נספח 13</u>** לחוברת ג'.

במקביל לאישור כאמור – שלח המינהל האזרחי את יחידת הפיקוח להוציא צו הפסקת עבודה נגד הנחת הקרוונים במקום היעד החסר סטאטוס תכנוני כאמור.

כפי שהזכרתי כבר לעיל – בדיון בנושא היתר לשינוע קרוונים ליעד חסר סטאטוס תכנוני, ביקשתי תשובה בעניין זה מע' שר הביטחון להתיישבות. הוא ביקש לבדוק את הדבר (ביום 2.12.04) עד כה לא חזר אלי. בפגישתי האחרונה עמו 29.12.04 חזרתי והזכרתי לו שלא השיב לשאלותיי בנושא. אך תשובה לא קיבלתי עד כה.

יש להזכיר כי מבקר המדינה העיר על תופעה זו עוד בדו"ח המבקר לגבי שנת 2002. בדו"ח המבקר 54א עמוד 60 קבע המבקר ביחס לעוזר שר הביטחון **לשעבר** שהיה מושא הביקורת באותו דו"ח, כי:

> "עוד עלה בביקורת כי בשנת 2002 אישר העוזר לשעבר לרשויות המקומיות באיו"ש ולגופים אחרים לשנע ולהציב מבנים יבילים באיו"ש, וזאת בטרם הוסדר מעמדן הסטטוטורי של הקרקעות שבתחומן הוצבו היבילים, וללא אשור של ראש תחום תשתית במנה"ז כנדרש על פי הצו והנוהל המחייב"

נראה שלקחים מהדו"ח לא הופקו.

התנהלות כאמור נראית לי בלתי תקינה לכאורה.

9.2.4 הנחיית ע' שר ביטחון להתיישבות לספק חשמל למאחזים בלתי מורשים

בפרק העוסק בחיבור מאחזים לרשת החשמל, סקרתי את התערבותו של ע' שר הביטחון להתיישבות בנושא אספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים אצל החטיבה להתיישבות. לפיכך אין טעם לחזור כאן על הדברים והינך מופנה לפרק העוסק במינהל האזרחי – חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל (9.1.6).

מכל מקום, מסקנתי לגבי מעורבותו של ע' שר הביטחון להתיישבות בנושא האמור, אינה שונה ממסקנתי לגבי פעולותיו האחרות ביחס למאחזים הבלתי מורשים. ע' שר הביטחון נתן הנחיה לחטיבה להתיישבות בנוגע לאספקת חשמל למאחזים בלתי מורשים. הוא פעל כאמור בלי ליידע את שר הביטחון וללא תאום

עמו, בלי ליידע את ראש המינהל האזרחי וקמ"ט חשמל. ההנחיה לגופה היא בעייתית, נוכח העלול להשתמע ממנה בדבר חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל. היא הנחיה בנושא כללי ועקרוני שמן הראוי כי שר הביטחון יכריע בו, ולא עוזרו.

9.2.5 עמדת שר הביטחון

הצגתי נתונים אלה בפני שר הביטחון כולל כל המכתבים שברשותי, (אשר הוצגו כאמור קודם לכן בפני ע' השר להתיישבות בפגישותי עמו), וביקשתי תגובתו לדברים. שר הביטחון התייחס במכתבו אלי למעשים אלה של ע' השר להתיישבות מר שכנר כלהלן:

> "שר הביטחון ערך ברור עם ע' השר להתיישבות בסוגיית חיבור תשתיות למאחזים בלתי מורשים ובפרט בהתייחס לאישורים שניתנו על ידו להסתדרות הציונית.
> בהמשך לבירור הנ"ל, העיר שר הביטחון לע' השר להתיישבות מאחר ומסמכים אלה הוצאו ללא אישור ולא היה מן הראוי להוציאם.
> כמו כן הנחה שר הביטחון את ע' השר להתיישבות <u>לא</u> להוציא כל אישור שהוא הקשור למאחזים בלתי מורשים ובכל מקרה של ספק להציג השאלה לאישור השר"
> (ההדגשה במקור- ט.ש.).

9.2.6 אזהרת היועץ המשפטי לממשלה

ביום 9.8.04 כתב עוזר היועץ המשפטי לממשלה לגב' צביה גרוס, היועץ המשפטי למערכת הביטחון, מכתב לעניין חיבור חשמל למאחזים בלתי מורשים. בנוסף להתייחסות לנושא זה, הוסיף הערה לעניין אישור לשינוע קרוונים ליעד חסר סטאטוס תכנוני – אישורים שניתנו על ידי ע' שר הביטחון להתיישבות. וכך כתב:

> "לצד האמור, מתוארת בחוות דעת יוהמ"ש איו"ש תשתית עובדתית מטרידה שלפיה חלק גדול מהמבנים שבמאחז (ברוכין – ט.ש.) שונעו למקום בתאריכים שונים באישור עוזר שר הביטחון כפי שעולה מחוות הדעת. אישורים אלה ניתנו בחוסר סמכות.
> לעניין זה אנו מוצאים לנכון לחזור ולהפנות תשומת לבכם לסעיף 10 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה המאוזכרת בפנייתך, הקובע כדלקמן:
>
> "העברת משאבי הממשלה לצרכים בלתי חוקיים עלולה לגרור נקיטת הליכים משמעתיים נגד המעורבים בכך, וזאת כאשר הגורם האחראי להעברה היה מודע, או צריך היה להיות מודע, לאי החוקיות. אבקש כי הדבר יובא לתשומת לבם של העוסקים בהעברת כספי ממשלה ושל העוסקים בפיקוח על הנושא"

במכתב זה חזר עוזר היועץ על אזהרת היועץ המשפטי לממשלה שנשלחה עוד באפריל 2004 למשרדים השונים.

יש לציין כי היועץ חזר על אזהרתו, כאשר נגד עיניו היו רק חלק מהמעשים המיוחסים כאן למר רון שכנר.

מכתב זה הועבר לידיעת ע' שר הביטחון להתיישבות בכתב, על ידי אחד העוזרים ליועץ המשפטי למערכת הביטחון.

<u>סיכום</u>

נראה כי ע' שר הביטחון להתיישבות מניח שעיקר תפקידו של עוזר שר הביטחון להתיישבות הוא לקדם את ענייני ההתיישבות באיו"ש, כפי הבנתו. הרושם שקיבלתי הוא שע' שר הביטחון להתיישבות מבין כך את תפקידו, וזו הסיבה לבעייתיות שהצבעתי עליה לעיל בנוגע לתפקודו. נראה לכאורה, כי בכך שוגה ע' שר הביטחון להתיישבות.

עיקר תפקידו של עוזר שר הביטחון להתיישבות הוא לפעול לקידום הנחיות שר הביטחון בכל הנוגע להתיישבות בשטחים. הוא איננו רשאי לייצר מדיניות משל עצמו, וודאי איננו רשאי לפעול בניגוד לעמדות שר הביטחון ומשרד הביטחון. קל וחומר שאיננו רשאי לחרוג מגדר סמכויותיו, ומעבר לכל – איננו רשאי לאשר פעולות שתוצאתן המסתברת, מראש, היא הפרת חוק.

נראה לכאורה שיש פער בין האופן בו תופס עוזר שר הביטחון את תפקידו לבין מילוי התפקיד כפי שהוא מתחייב מנהלי משרד הביטחון ולפי כללי מינהל תקינים.

מכלול העובדות המפורטות לעיל מעלה לכאורה, כי עוזר שר הביטחון היה מודע, או למצער, היה אמור להיות מודע לכך, שפעולותיו אינן תקינות, וכתוצאה מהנחיותיו ואישוריו- יופר החוק.

שקלתי את עמדת שר הביטחון ביחס למעשי ע' שר הביטחון להתיישבות, והגעתי למסקנה כי אין בהתייחסות זו די.

נראה לי על כן, כי יש לבחון את הצורך בתפקיד עוזר שר הביטחון להתיישבות במשרד הביטחון; אם יש צורך כזה – מן הראוי שימונה לתפקיד אדם שאין לו מחויבות והזדהות עמוקים עם מפעל ההתנחלות על מנת שיוכל למלא את תפקידו באופן אובייקטיבי, ללא משוא פנים או העדפה, לפי הנהלים המחייבים ותוך ביצוע מדיניות שר הביטחון בלי כל חריגה ממנה.

כמו כן אני סבורה כי יש מקום לבחינת מכלול החומר שנאסף בכל הנוגע לתפקוד ע' שר הביטחון להתיישבות על ידי היועץ המשפטי לממשלה, על מנת שיבחן אם יש מקום לנקיטת הליכים משפטיים נגד מר רון שכנר.

__המלצות__

1. **אני ממליצה כי תשקול האם יש צורך בתקן של עוזר שר הביטחון להתיישבות, ואם תסבור בחיוב – תשקול להנחות את שר הביטחון כי האדם שימונה לתפקיד להבא יהיה אדם חסר פניות ובלתי מחויב למגזר מסוים דווקא.**

2. אני ממליצה בפניך להעביר את מכלול החומר שנאסף בכל הנוגע לתפקודו המתואר לעיל של ע' שר הביטחון להתיישבות ליועץ המשפטי לממשלה, על מנת שיבחן אם יש מקום לנקוט בהליכים משפטיים נגד מר שכנר.

פרק עשירי

אכיפת החוק באיו"ש

10.1 אכיפת חוק בלתי אפקטיבית 10.2 המסר של הדרג המדיני בנוגע לאכיפת החוק בקשר למאחזים הבלתי מורשים 10.3 תפקידו של צה"ל באכיפת החוק והשפעת המסר מהדרג המדיני על תפקודו

10.4 אי ביצוע צווי תיחום שטח 10.5 תוצאת אי אכיפת החוק – התגברות מעשי הפרות חוק

10.6 משטרת מחוז ש"י 10.7 סיכום

<u>מבוא</u>

תיאור הדברים בחוות דעת זו בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים בשטחים לא יכול היה להתרחש, לפחות לא באותה עוצמה, אילו היתה אכיפת חוק אפקטיבית בשטחים בהקשר זה. עצם קיומה של תופעת המאחזים מלמדת כי מערכת אכיפת החוק, בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים, אינה יעילה. למעשה, מהיכרותי רבת השנים עם נושא אכיפת החוק בשטחים ניתן לומר כי רוב העוסקים במלאכה זו, ובכל מערכות האכיפה, סבורים כי אכיפת החוק בשטחים בכל הנוגע לאכיפת החוק על עבריינות מתוך מניע אידאולוגי, ובראש וראשונה בנושא המאחזים הבלתי מורשים, לוקה באופן יסודי.

אתייחס להלן לסיבות לכשל באכיפת החוק בקשר להקמת המאחזים הבלתי מורשים.

<u>הסיבות לכשל באכיפת החוק בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים:</u>

א. מעורבות שלא כדין של רשויות ציבוריות וגופי מדינה בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.
ב. אכיפת חוק בלתי אפקטיבית.
ג. העדר חקיקה מתאימה וכלים משפטיים הולמים לטיפול בהקמת המאחזים הבלתי מורשים.

על מעורבות שלא כדין של רשויות מדינה, רשויות ציבוריות ועובדי מדינה בהקמת המאחזים פרטתי בדו"ח זה לעיל.
בפרק זה אתמקד בנימוק השני שציינתי כסיבה לכשל אכיפת החוק בשטחים בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים.
בפרק הבא אתייחס לנימוק השלישי שלעיל.

10.1 אכיפת חוק בלתי אפקטיבית

הקמת מאחזים בלתי מורשים כרוכה בביצוע עבירות פליליות.

הטיפול המשפטי במקרים אלה יכול להיות משני סוגים. האחד – טיפול פלילי, של פתיחת תיק פלילי וחקירה, גיבוש כתב אישום והעמדה לדין. השני – טיפול מנהלי על ידי צה"ל והמינהל האזרחי, לסילוק הקרוון הפולש או הבניה הבלתי חוקית או פנוי המאחז וכו'.

הטיפול במישור הפלילי

הטיפול הפלילי בעבירות הכרוכות בהקמת מאחזים מתברר כבעייתי מחמת מגוון סיבות. חלקן נעוץ בהסדרים המשפטיים החלים בשטח שאינם מספקים. לשם המחשה בלבד אפנה אותך לכך שבניה ללא היתר אינה בגדר עבירה פלילית בשטחים;
בעבירה של שינוע יבילים ללא היתר – אין בית משפט מוסמך בישראל בו ניתן להעמיד לדין ישראלי בגין עבירה זאת. התוצאה היא העדר אכיפה בעבירה זו.

חלק אחר מהקושי נעוץ בבעייתיות להשיג ראיות. למשל, פתיחה בחקירה בגין הסגת גבול פלילית נתקלת במגוון בעיות משפטיות וראיתיות, בין השאר בקושי להוכיח חזקה בקרקע, הוכחה החיונית לצורך אישום בעבירה זו.

חלק אחר מהקושי נעוץ בבעיות ארגוניות. למשל הוכחת הזכויות בקרקע נעשית על ידי יחידת הפיקוח של המינהל האזרחי. קבלת נתונים מחייבת עריכת חוות דעת. מחמת מגוון סיבות – מתן חוות הדעת הנדרשת אורך זמן ניכר, ולא תמיד ניתנת חוות דעת כאשר היא נדרשת.

מאחר שחלק נכבד ממעשי הפרת החוק בשטחים נעשים על ידי רשויות מדינה, רשויות ציבוריות ועובדי מדינה, עומדת משטרת ישראל מולם חסרת אונים.

התוצאה היא שאכיפת החוק בכלים של המשפט הפלילי בכל הנוגע למאחזים בלתי מורשים היא בעייתית ואינה אפקטיבית.

הטיפול במישור המנהלי

הטיפול במישור המנהלי כפוף להחלטה על נקיטת צעדים על ידי הדרג המדיני.

ללא החלטה של הדרג המדיני לא יוצא צו תיחום שטח במגמה לפנות מאחז בלתי מורשה, ולא יפונה בפועל מאחז בלתי מורשה.

ללא החלטה של שר הביטחון לא יבוצע צו הריסה נגד בניה בלתי חוקית (ויש אלפי צווי הריסה שלא מומשו);

ללא החלטה של הדרג המדיני לא יסולקו פולשים שלא כדין לחנויות של פלסטינים בשוק הסיטונאי של חברון שהפכו לדירות מגורים על ידי המתנחלים שם; וכן הלאה.

תחיקת הביטחון

תחיקת הביטחון בשטחים נתונה לכאורה בידי מפקד האזור. אך באופן מעשי, נדרש גיבוי של הדרג המדיני לתחיקת הביטחון. במיוחד זו הרלוונטית לאכיפת החוק בקשר להקמת מאחזים בלתי מורשים. ללא גיבוי כאמור – לא תתוקן תחיקת הביטחון, הדורשת זה שנים תיקונים נרחבים.
כך לא תוקן עד היום חוק התכנון והבניה הירדני לפיו בניה ללא היתר אינה מהווה עבירה כשלעצמה למרות שמערכת אכיפת החוק מודעת לקושי זה, התריעה על כך בפני ראשי המינהל האזרחי בעבר אך ללא הועיל.
חלק מתחיקת הביטחון, במיוחד בנוגע למאחזים הבלתי מורשים לא ניתנת לאכיפה פלילית במצב המשפטי הנוכחי. עבירות של שינוע קרוון ללא היתר, עבירה על הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, עבירה של הפרת הוראה בדבר שטח צבאי סגור – כל אלה (ועוד אחרות) אינן ניתנות היום למעשה לאכיפה פלילית ויש צורך להביא לתיקון חקיקתי. **וזאת יש להבהיר – מושקעים מאמצים של יחידת הפיקוח, חיילי צה"ל, משטרת ישראל, פרקליטים ויועצים משפטיים בפתיחת תיקים פליליים נגד עבריינים לכאורה על תחיקת הביטחון, והכול לשווא, "על ריק", בלי שיש אפשרות שתהיה תוצאה לפעילות זו.**
והפעילות העבריינית מתנהלת באין מפריע.
מצב דברים זה, ידוע זה תקופה ארוכה לזרועות אכיפת החוק הרלוונטיות – כמו למתנחלים העוברים על הוראות אלה בריש גלי.

נראה על כן כי העדר חקיקה מתאימה, שאמורה לאפשר אכיפת חוק בשטחים – מצויה אף היא לפחות בחלקה, בחצרו של הדרג המדיני.

דגש מיוחד יש לשים על הכלים המשפטיים בתחום המשפט המנהלי שכן למעשה, ניתן היה לטפל בעבריינות הנוגעת להקמת מאחזים על ידי נקיטה בהליכים מנהליים (כמו פינוי המאחזים, ביצוע צווי הריסה וכו') ובכך לייתר את הטיפול הפלילי בחלק לא קטן מהמקרים. **אך החלטה על נקיטת הליכים מנהליים – לא באה. והיא אמורה לבוא, בהקשר זה, מהדרג המדיני.**

<u>אכיפת החוק בשטחים נתונה באופן ניכר בידי הדרג המדיני</u>

עולה מהמקובץ שאכיפת החוק בשטחים, במיוחד בנושא הטיפול בהקמת מאחזים בלתי מורשים, <u>בנבדל</u> מאכיפת החוק בישראל, נתונה למעשה ברובה, בידי הדרג המדיני הישראלי.

בכל הנוגע לשנויים חיוניים בתחיקת הביטחון הודיע לי שר הביטחון במכתב מזכ"צ שר הביטחון מיום 24.1.05, כי אכן יש מקום למספר שינויי חקיקה בנושאים שונים (שנויים הנזכרים, בין השאר, בפרק 11 לחוות הדעת). שנויים אלה בתחיקת הביטחון הינם פרי עבודה שנעשתה על ידי היועץ המשפטי ליהודה ושומרון ודבל"א בעיקר בחצי השנה האחרונה. אכן יש לברך על שנויים אלה, ויש לקדמם לכדי חקיקה מחייבת, כפי שיבואר על ידי בפרק 11.

10.2 המסר הבא מהדרג המדיני בנוגע לאכיפת החוק על המאחזים הבלתי מורשים

<u>מהו המסר שמועבר זה שנים רבות, למעשה – מרוב ממשלות ישראל?</u>

לא רק שהעבריין הפולש לקרקעות הזולת שלא כדין לא נענש, אלא התמונה חמורה ומורכבת בהרבה:

חלק מתפיסות הקרקע והבניה שלא כדין נעשו בסיוע משרד השיכון והחטיבה להתיישבות ללא רשות וללא סמכות **תוך הפרת החוק** בריש גלי; מדינת ישראל מממנת, לפחות חלק מהקמת המאחזים הבלתי חוקיים; המינהל האזרחי מעלים עין זה שנים מהרחבות של שכונות שלמות בסמוך ושלא בסמוך ליישובים, ללא תוכנית מפורטת כדין; לא מקיים פיקוח על הבניה שם; לא מדווח כאשר נדרש לדווח על המאחזים בתואנות של הגדרות מהו מאחז, וטוען להעדר מידע על מאחזים, בין השאר מחמת הגבלות הפיקוח שהחיל על עצמו בתחום היישובים; קרוונים מקבלים לעיתים ממשרד הביטחון היתר כניסה לאיו"ש גם אם אין בסיס משפטי תכנוני ליעד המבוקש להצבתם; עוזר שר הביטחון להתיישבות מאשר לרשויות המדינה כי מאחזים בלתי מורשים הם יישובים לכל דבר ועניין בעוד שר הביטחון מצהיר עליהם פומבית שהם בלתי מורשים; צווי הריסה שהוצאו לאלפים משך השנים לא בוצעו; המאחזים הלכו והתרבו ולא מוציאים צווי תיחום שטח, אף לא לגבי אותם מאחזים המצויים ברשימת מרץ 2001 לגביהם יש התחייבות מדינית ישראלית – לפנות; צווי תיחום שכבר **הוצאו ואושרו בבג"צ לא מומשו (4 במספר);** צווים **החיוניים לאכיפת החוק** אינם מחוקקים.

הפועל היוצא מכל אלה הוא העברת מסר שתפיסת הקרקעות להקמת מאחזים, והקמתם, על אף שאינם חוקיים – וזאת יודעים הכול - הם מעשים חיוביים, ולכל הפחות – אינם נוראיים. אין זו עבירה "רגילה".

לא זאת – אף זאת:

כאשר מוקם מאחז, לא מוקמת לו גדר מערכת להגנתו שהרי תפיסת הקרקע בלתי חוקית היא (אף שהוראה זו גם היא אינה מתקיימת במלואה); אך השקפת צה"ל המקובלת עד כה היא, שבכל מקום שיש בו יהודים חובה על רשויות צה"ל להגן עליהם. וכך אם במבוא דותן ב' הציב מתנחל 4 קרוונים והוא יושב שם לבדו – מגיעים כוחות צה"ל לספק לו הגנה.

התוצאה היא שצה"ל, הגם שלא ברצונו, נגרר לתת למעשה ההתנחלות הבלתי חוקית גושפנקא מעצם נוכחותו והגנתו על המתיישבים שם; בעצם נוכחותו במקום ובהגנה שהוא מספק לאותם מפרי חוק, הוא קובע עובדות בשטח, יחד עם מפרי החוק עצמם.

<u>התוצאה – הפרת חוק ממוסדת ומוסדית</u>

במלים אחרות – **הפרת החוק הפכה ממוסדת ומוסדית.** אין לנו עניין עם עבריין או קבוצת עבריינים הפועלים בניגוד לחוק. **התמונה הנגלית לעין המתבונן היא הפרת חוק בוטה על ידי משרדי ממשלה, רשויות ציבוריות, מועצות אזוריות באיו"ש ומתנחלים, הכל תוך הצגת מראית עין כאילו יש כאן מערכת מוסדית מסודרת הפועלת כחוק.**

את המסר הזה הבינו הכל – החיל, השוטר, ומפקדיהם;

10.3 תפקידו של צה"ל בנוגע לאכיפת החוק והשפעת המסר מהדרג המדיני על תפקודו

תפקידו של צה"ל בכל הנוגע לאכיפת החוק בשטחים הוא תפקיד מורכב. חיילי צה"ל אמורים לעסוק בביטחון כמשימתם המרכזית – וכך הם רואים עצמם ובצדק; תפקיד משטרת ישראל הוא לאכוף את החוק. כדי לאפשר למשטרת ישראל לאכוף את החוק על המתנחלים באיו"ש הוקם מחוז ש"י, בעקבות המלצות ועדת שמגר הראשונה על טבח גולדשטיין במערת המכפלה ב – 1994.

דא עקא שמלאכת אכיפת החוק כלפי המתנחלים נופלת גם על חיילי צה"ל. זאת משום שכוח המשטרה המצוי בשטחים הוא קטן; צה"ל נמצא לעיתים ראשון במקום בו מבוצעות עבירות פליליות על ידי מתנחלים כאשר המשטרה טרם הגיעה למקום; לעיתים מחמת המצב הביטחוני המשטרה כלל אינה יכולה להגיע למקום; אירוע ביטחוני יכול להפוך בקלות וכהרף עין לזירת עבירה פלילית. מי שמצוי ראשון באירועים אלה הוא חיילי צה"ל ולא משטרת ישראל.

מחמת תפקידו המורכב של צה"ל בשטחים כונן נוהל אכיפת החוק בשטחים. הנוהל הינו תולדה של אחת מהמלצות ועדת שמגר בעניין הטבח במערת המכפלה, משנת 1994. נציין כי כל המלצות הדו"ח אומצו בידי הממשלה. היועץ המשפטי לממשלה דאז בן יאיר הוציא את הנוהל, לו הסכימו כל רשויות אכיפת החוק – צה"ל משטרת ישראל ושב"כ. הנוהל אומץ כחלק מפקודות צה"ל. בשנת 1998 עידכן היועץ רובינשטיין את הנוהל. סמכויות החיילים לפי הנוהל הן בחלקן כסמכויות שוטר. בין תפקידי השיטור

החלים על חיילים הוא אסוף ראיות לעבירות פליליות המתרחשות מול עיניהם; חיל מוסמך בנסיבות מסוימות לעצור מתנחלים, למלא דו"ח על ביצוע עבירה ועוד.

כל זה להלכה. אך לא *למעשה.*

חיילי צה"ל, ואף מפקדיהם, רואים עצמם בראש וראשונה כמי שאמונים על אספקת הביטחון באזור. זוהי מטרתו וייעודו של הצבא, ועל כך יש קונצנזוס רחב. תפקיד אכיפת החוק על מתנחלים, איננו נתפס כחלק אינטגראלי מתפקידו של צה"ל. ולכך ישנן סיבות מספר. אך התוצאה בפועל היא שחיילים ואף מפקדיהם עושים לא פעם הכול, כדי להשיל מעל עצמם את גלימת השוטר שבאופן מלאכותי, לשיטתם, הוטלה על כתפיהם.

וכך נראה כי חיילים **אינם מעוניינים** למסור הודעות למשטרה על מעשים פליליים לכאורה שנעשו מול עיניהם; הם אינם מעוניינים לדווח על כריתת 600 עצי זית בסמוך ליצהר שנעשתה משך 3 ימים בסמוך ליחידת צה"ל שהייתה במקום; ומשנדרש קצין בצה"ל לשלוח את החיילים שהיו במקום למסור הודעה במשטרה, הוא דורש ממשטרת ישראל לדעת מראש איזה שאלות בדעתה לשאול את החיילים, כתנאי לכך שיסכים שיחקרו (!); כאשר מגיעים שני קרוונים למאחז בלתי חוקי; קצין צה"ל מגיע למקום ומתעמת עם המתנחלים על מנת שהקרוונים יחזרו למקום משם באו; בסופו של דבר הכיפה שעל ראשו נתלשת ומושלכת; הוא חוטף מכות; הוא מסרב להתלונן ומפקדו עומד על כך שתוגש תלונה. בסופו של דבר עומד המתנחל לדין ומקבל עונש זעום; כאשר קצין צה"ל בכיר חוטף סטירת לחי ממתנחלת ידועה – הוא מסרב להתלונן (בסוף נאלץ להגיש תלונה); והדוגמאות רבות הן.

ככלל, חיילי צה"ל אינם מעוניינים להיות שוטרים; ועוד יותר מכך אינם מעוניינים ליטול חלק בעימות בין המתנחלים לבין הפלסטינים על קרקעות ושליטה בשטח;

ומשעה שהטרור הפלסטיני החל להשתולל – נעשתה התמונה מורכבת עוד יותר.

כפי שמסר לי קצין צה"ל בכיר המכיר את הנושא מקרוב מאד - מטבעם של דברים הוא, שקודם מטפלים בטרור ורק אחר כך (ואם בכלל כאמור) מטפלים בהפרות חוק של מתנחלים. זאת ככלל. בתקופת התגברות מעשי הטרור הפלסטיני, נכונים הדברים ביתר שאת. למעשה פעולות הטרור הפלסטיני, נתנו לגיטימציה נוספת שלא לטפל באירועים פליליים חמורים שהתרחשו. כאשר חיילי צה"ל ומפקדיו עסוקים

עד מעל לראשם בהספקת הגנה לתושבים ישראלים בשטחים – יש מי שמנצל עיסוקם זה להרחבת מפעל ההתנחלויות הבלתי מורשה.
לדבריו של קצין בכיר אחר, צה"ל ממוקד בבעיות הביטחוניות החמורות שמיצר הטרור הפלסטיני. אלוף הפיקוד חייב לתת תשובה לבעיות אלה במקום ראשון. עם כמה בעיות הוא יכול להתמודד בו זמנית? ובכלל, בנוגע לתפיסת הקרקעות והקמת המאחזים, יש מי בצבא "שחשב שזה עניין פולטי...חלק מהאנשים הבינו שההוראות הניתנות אינן מיועדות ליישום".

ויותר מכך. כאשר מתרחש פיגוע נגד ישראלים בשטחים, התגובה ה"ציונית ההולמת" לשיטת חלק מהמתנחלים היא להקים מיד עוד מאחז. אומר לי קצין צה"ל בכיר בשטח: "ונותנים להם לבנות עוד. זהו דפוס התנהגות באיו"ש", "נותנים להם לנתב את הכעס לעוד מאחז". אגב, שיטת ניתוב הכעס, לא תמיד באה לידי ביטוי רק בעוד מאחז, אלא גם ב"הוצאת קיטור" בדרך של חסימת כבישים ועוד;

תפיסת קרקעות בעקבות פיגוע אינה רק שיטה לניתוב הכעס. הקמת מאחז במקום שאירע בו פיגוע מחייבת את צה"ל להיות במקום, כדי להגן על המתנחלים שמצויים שם. לעיתים הוקמו מאחזים כאלה בסמוך לציר תנועה לאחר רצח ישראלים בקרבת מקום, מתוך שיקול שאם צה"ל יפרוס את כוחותיו במקום – תהיה שמירה על הציר. וכך, כאשר צה"ל נמצא במקום – לעיתים
המתנחלים מתפנים מרצונם מהמקום. אך אם צה"ל מפנה את המקום – הם חוזרים אליו על מנת לחייב את צה"ל לחזור לשם. וכך, אומר לי שוטר בכיר – "התפיסה הצבאית היוותה מערך להרגעת התושבים"; "הם כוונו את הצבא לשבת ולמתוח כוחות לאתרים שהיה להם עניין בהם לפרישה צבאית".

צה"ל וחייליו, אינם ממוקדים בשאלות אכיפת החוק באיו"ש נגד מתנחלים. וזה תיאור מעודן. וכפי שאמר לי קצין בכיר:

> "יש כאן משימה צבאית. העניין החוקי, מבחינתם או התשתיתי (של חיילי צה"ל הכוונה – ט.ש.) הוא לא מעניינם."

ויותר מכך אמר:

"היום זה בכלל לא מעניין. כשאתה מטפל (באכיפת חוק נגד מתנחלים – ט.ש.) זה יכול לגרום לך נזק. איזה נזק? נזק של דמוי, כתבות נגדך. ראי מה עשו לתת אלוף אילן פז"

עוד אציין בפניך כי מהיכרותי רבת השנים את בעיית אכיפת החוק בשטחים, הרי שרוב חיילי צה"ל, ואף מפקדיו אינם מכירים כלל את נוהל אכיפת החוק בשטחים. כדי להביאו לתודעת המח"טים באיו"ש ארגנה משטרת מחוז ש"י לפני כשנתיים, יחד עם אלוף פיקוד מרכז קפלינסקי יום עיון למח"טים, קציני משטרת מחוז ש"י והיועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה. אך גם לאחר יום העיון, לא השתנה דבר בשטח, שכן הבעייתיות אינה טמונה רק בכך שהנוהל לא הגיע לאוזני חיילי צה"ל - אלא שהם אינם נכונים לבצע אותו.

"רוח המפקד"

הקושי המרכזי הוא, כניסוחו של קצין צה"ל בכיר: מהי **"רוח המפקד".** כאשר יש העלמת עין, כאשר קרוונים שהגיעו באשור לשטח; צה"ל ליווה אותם עד לישוב; ברגע האחרון, כאשר חיילי צה"ל מסבים את גבם – מוסעים הקרוונים מרחק קילומטר משם למאחז בלתי מורשה – ולא קורה שום דבר, ואף לא נפתחת חקירה - אז לחיילים הועבר מסר; כאשר המדינה היא שמחברת תשתיות לקרוונים שהגיעו שלא כחוק למאחז – לחיילים מועבר מסר; כאשר קציני צה"ל מרשים לעצמם להתגורר במאחזים בלתי מורשים; כאשר פונים אליהם ודורשים שיתפנו משם מרצונם,

והם משיבים שהמדינה היא שנתנה להם את הקרוון ואת החיבור לתשתיות, אישרה חיבורם לחשמל ולמים. ולא קורה כלום – אז מועבר מסר;

"רוח המפקד" היא "שהמתנחלים עושים מעשה ציוני, ולכן אין להסתכל עליהם דרך הפריזמה החוקית".

אלה הדברים שנמסרו לי על ידי מפקד בכיר, ולמעשה הם עולים בקנה אחד עם דברים ששמעתי מקציני צה"ל האחרים עמם נפגשתי.

10.4 אי ביצוע צווי תיחום

דוגמא בולטת להעדר אכיפה שמקורה בדרג המדיני היא אי ביצוע צווי תיחום. לעניין זה חומרה מיוחדת שכן אין מדובר בהעדר אכיפה בדרך של מחדל, אלא בהפסקת תהליך של אכיפה לאחר שבית המשפט העליון אישר את האכיפה.

בכך מועבר מסר ברור למתנחלים, לחיילים, לשוטרים ולציבור בכלל, כי אין כוונה אמיתית לפינוי המתנחלים ממאחזים בלתי מורשים. כי הדרג המדיני מדבר בשני קולות. הצהרות שלוחיו בבית המשפט העליון נותרו חלולות, בהעדר מעשה הנובע מהן, כאשר אין כל עילה משפטית לעיכוב.

כאשר היתה כבר כוונה לפנות אחד המאחזים הבלתי מורשים, צה"ל העביר למקום כוחות, החלו להתגודד אלפי מתנחלים בקרבת מקום. ניתנה הוראה מדינית ברגע האחרון שלא לפנות. חיילי צה"ל שהיו במקום, נכונים לפינוי, חזרו כלעומת שבאו.
בעבר פונו מעט מאד מאחזים מאוישים. כאשר פונה מאחז – חזרו המתנחלים ושבו למקום למחרת.

התנהלות זו מעבירה מסר שלילי בכל הנוגע לאכיפת החוק בקשר למאחזים הבלתי מורשים.

ביקשתי התייחסותו של שר הביטחון לאי פינוי המאחזים שצו התיחום שטח שהוצא כנגדם אושר על ידי בג"צ.

שר ביטחון הסביר את אי ביצוע צווי התיחום כך:

> "...עיתוי פינוי המאחזים הבלתי מורשים נתון להערכת מצב מבצעית, ביטחונית ומדינית בכל זמן נתון. כידוע כרוך הפינוי בהיערכות רחבת היקף של צה"ל ומשטרת ישראל הכוללת העברת כוחות מפעילות ביטחונית חיונית ביש"ע, השבתת פעילות נגד פח"ע וריתוק כוחות רבים למשימת הפינוי. מטבע הדברים קשה בתקופות מסוימות לבצע ריתוק כזה לפרקי זמן ממושכים...יצוין כי סיום ההליכים המאפשר פנויים של המאחזים הנ"ל התרחש בסמוך למועד ההחלטה על ההתנתקות הכרוכה כידוע בפינוי משמעותי של יישובים בעזה ובצפון השומרון. לעניין זה יאמר, ברגישות הראויה, כי לעת הזו, האווירה ביש"ע בקשר לנושא ההתנתקות וכל הכרוך

> בכך, חייבה לדעת ראש הממשלה ושר הביטחון אשר התייעצו בנושא, בחינה זהירה במיוחד של עיתוי פינוי מאחזים בלתי מורשים"

אכן ההחלטה על הפינוי כרוכה בשיקולים שונים וביצועה ודאי אינו פשוט, כפי שהבהיר שר הביטחון. עם זאת אני סבורה בכל הכבוד, שההסבר שניתן אינו מספק.

תופעת המאחזים הבלתי מורשים מתרחשת מול עינינו זה שנים ארוכות, תוך ביצוע הפרות חוק חמורות ונמשכות. מעשים אלה ידועים למעשה לגורמי אכיפת החוק, רשויות המדינה והדרג המדיני של ישראל מזה שנים. כל השנים הללו לא נקטו הרשויות בצעדים נחושים לאכיפת החוק במטרה להפסיק מעשים אלה. להיפך. כעולה מחוות דעת זו, עשו רשויות שונות של המדינה ככל יכולתן כדי לתמוך בתופעה, לממן אותה ולעודד אותה, וזאת ללא סמכות, ואף בניגוד לחוק. **זהו המסר הכפול שעובר מזה שנים מהדרג המדיני ורשויות המדינה ביחס למאחזים הבלתי מורשים.**
הצדקת אי ביצוע צווי התיחום שהוצאו ואושרו על ידי בג"צ, במורכבות ההוצאה אל הפועל של צווי התיחום, אינה יכולה לעמוד לאורך זמן. ככל שחולף הזמן מעת אישור צו התיחום על ידי בג"צ ללא מימוש הצו, הולך ומתקבל רושם כי אין כוונה ממשית לפנות את המאחזים הללו, ועולה חשש שמא זוהי עוד חוליה בתסמונת המסר הכפול.

לאחרונה כתב ראש המינהל האזרחי לאלוף פיקוד מרכז מכתב שעניינו אכיפת החוק והסדר באיו"ש, בקשר לפנוי מאחזים בלתי מורשים, בעניין אי פינוי המאחזים, תנופת עיבוי המאחזים, והמסר השלילי שמעבירה אי האכיפה לכל הנוגעים בדבר – מתנחלים מחד, חיילים ושוטרים מאידך. אביא קטע מדבריו:

> "תמונת מצב זו מטילה צל כבד עלינו כרשויות האחראיות על החוק והסדר ביו"ש, ומקבעת מציאות של "כל הישר בעיניו יעשה" לא רק בעיני האזרח הפשוט והנהגתו, אלא חמור מזה – החיילים, המפקדים, השוטרים ועובדי המדינה העוסקים במלאכה. אוכלוסיות אלה מבינות את אי העשיה כמסר, שהובן אף בשנים קודמות (והתחיל להשתנות לאחרונה) – שזה בדיוק מה שמתכוונים שיהיה..."

מכתבו רצ"ב מסומן **<u>כנספח 17</u>** לחוברת ג'.

ברצוני להפנותך לדברים שאמר לי קצין בכיר מאד, ביחס לצורך בפנוי המאחזים, ולמסר הכפול:

"צריך לנקוט בצעדי ענישה כלפי מי שמתנגד לפינוי וחוזר. מי שחוזר זה עבריין, חוזר ונשנה. ההתייחסות אליו היא סלחנית...כל ההתנהלות יש בה מסרים כפולים. זה לא התנהלות מדינתית נחושה ואוכפת את מה שהיא חושבת. זה מטיל את העומס על החיילים מול המתיישב ולא איפה שזה צריך להתנהל..היה צריך להיות אחרת. היתה צריכה להתקבל החלטת ממשלה על פינוי. היה צריך להעמיד לדין ולהעניש את מי שלא מקיים החלטות ממשלה. ודאי אם חוזר לאותו מקום.
אדם שגר במקום בלתי מורשה צריך להעמידו לדין. ודאי אם פונה – וחזר לאותו מקום"

נראה על כן כי לא רק אני סבורה שיש להביא להחלטה נחושה לפינוי המאחזים **ולבצעה**, אלא שותפים לדעה זו גם גורמים בכירים מאד המכירים את הבעייתיות על כל פניה.

10.5 תוצאת אי אכיפת החוק – התגברות מעשי הפרות החוק

קושי נוסף טמון בהעברת מסר רך מדי, המועבר לעיתים על ידי חיילי צה"ל ביחס לעבריינות של מתנחלים, גם כלפי החיילים עצמם. אם במהלך פינוי קרוון פוגע מתנחל בצמיגי מכוניתו של קצין צה"ל בכיר שנוכח בשטח ולא נעשה מאומה בעניין – אז מועבר מסר למתנחלים מתנגדי הפינוי, מסר שיש לו תוצאות של הפרת חוק בוטה יותר בפעם הבאה שיפונה קרוון.
אם חיילי צה"ל מאפשרים לקרוון להגיע ליעד שאסור היה לו להגיע משום שאין להם עניין להתעמת עם מתנחלים – אזי מועבר מסר למתנחלים של העלמת עין. כאשר מגיעים חיילי צה"ל לפנות קרוונים ופטישים בידיהם ולא עם טרקטורים כמקובל בישראל בהריסת מבנים לא חוקיים – אז מועבר מסר.

תוצאת היחס הסלחני כלפי מפרי החוק, היא התגברות מעשי הפרת החוק, בחוצפה, במצח נחושה, ללא חשש. דוגמא מאלפת לדברים, מהעת האחרונה, היא קצין צה"ל שקיבל הוראה לפרק חיבור לתשתיות של שני קרוונים שהגיעו למאחז בסמוך ליצהר. לאחר מעשהו, הגיעו מתנחלים למוצב שלו, פינצ'רו את הרכב שלו, ושברו את צינורות המים למוצב. חיילי צה"ל שהיו במקום – לא עצרו אותם (למרות שהם מוסמכים לעשות כן). גם פרטים על המבצעים לא מסרו למשטרה. רק בדיעבד נפתחה חקירה.

לולא היחס הסלחני של חיילי צה"ל למעשים אלה, לא היו המתנחלים מעיזים לפעול כך. מעשה דוגמת זה מעיד שלהבנת המתנחלים הפעילים בהקמת המאחזים, צה"ל איננו ממלא את תפקידו כאוכף חוק, שהם בעלי הבית האמיתיים במקום, ומי שיקום נגדם – יזכה לנחת זרועם, בכוח. זוהי הבנת המציאות על ידם, והיא ניזונה, בין השאר, מיחס סלחני של הרשות אוכפת החוק נגדם.

10.6 משטרת מחוז ש"י

משטרת ישראל הקימה את מחוז ש"י בהתאם להמלצות ועדת שמגר הראשונה כמבואר לעיל שאומצה בידי הממשלה. ההמלצה להקים את המחוז באה על רקע העדר אכיפה הולמת של החוק בשטחים בעבירות על רקע אידאולוגי.

בחינת פעילות משטרת מחוז ש"י מעלה קשיים לא מעטים שעל משטרת המחוז להתמודד עמם, והם ייחודיים למחוז זה. נעמוד על עיקרם.

בהתאם לדין הבינלאומי, מפקד האזור הוא האחראי לסדר ולביטחון בשטחי איו"ש. משטרת ישראל כפופה למעשה למרותו. האחריות הכוללת על הסדר והביטחון מוטלת על מפקד האזור, קרי – על צה"ל.

משטרת המחוז אמורה להתמודד עם אכיפת החוק הפלילי על האוכלוסייה הישראלית במקום. אך כפי שכבר תיארתי, חוט דק מבדיל בין אירוע ביטחוני לבין אירוע פלילי. אירוע ביטחוני יכול להפוך כהרף עין לאירוע שיש בו גם פן פלילי. אירוע פלילי עלול להתלקח לכדי מעשה שיש בו פוטנציאל ביטחוני כבד משקל. מכאן שמשטרת ישראל תלויה לא פעם, בשיתוף פעולה בינה לבין חיילי צה"ל. **וזאת יש להדגיש – הקושי אינו טמון בשיתוף פעולה בין המפקדים הבכירים – אלא דווקא ביחסם של החיילים בשטח.** בהעדר דווח מיידי על עבירה, מופיעה המשטרה במקום באיחור. יכולתה לאסוף ראיות נפגעת. העדר נכונות של חיילים למסור על מה שראו עיניהם ביחס לפעולות של מתנחלים החשודות כעבירה – פוגעת ביכולת המשטרה לאסוף ראיות.
הנוכחות המסיבית בשטח היא של חיילי צה"ל ולא שוטרי מחוז ש"י. אם חיילי צה"ל אינם מדווחים על מה שידוע להם – משטרת המחוז לא יכולה לתת את התשובה הנחוצה לאכיפת החוק על העבריינים.

אך עדיין אין אלה פני המציאות כולה עמה על שוטרי המחוז להתמודד. **משטרת מחוז ש"י נאלצת להתמודד עם אוכלוסייה שחלקה רואה בה** (אמנם חלקה הקטן הוא כזה ואין להקיש מכך על הכלל), **נציגים של "שלטון זר" כמעט**. במיוחד בחברון, אך לא רק שם, אלא במוקדים נוספים בשטחי איו"ש. זה מכבר נתקלים שוטרי מחוז ש"י בחברון בתופעה של ילדים המשליכים ביצים על פרצופם; משליכים אבנים; אפילו בלוק הוטל מבניין גבוה על ג'יפ משטרתי; בנוסף לכל אלה, בחברון למשל, אין שיתוף פעולה בין משטרת ש"י לבין מתיישבים בשטחים. שוטר המבקש למשל לאתר מקום מגוריו של פלוני – יתקל בקיר אטום של שתיקה. וכן הלאה.

בעיה מיוחדת לתיקי הקרקעות – אותם תיקים הרלוונטיים לתפיסת קרקעות שלא כדין, בין השאר על ידי הקמת מאחזים בלתי מורשים – מתעוררת בשאלת הזכויות בקרקע. לשם העמדה לדין בעבירה של הסגת גבול פלילית, יש צורך להוכיח מי המחזיק, או הבעלים של קרקע. כאמור - רוב הקרקעות לא עברו הליך של הסדר מקרקעין כך שיש קושי לגבי הוכחת הבעלות. גם הוכחת חזקה בקרקע היא בעייתית. שוטרי מחוז ש"י נאלצים לקבל חוות דעת בנושא מהמינהל האזרחי. הדבר אורך זמן ונתקל בקשיים. גם אם מתקבלת חוות דעת – אזי לא תמיד המידע שנמצא בידי המינהל האזרחי הוא מהימן ומדויק. כמו כן מתעוררות שאלות מתחום הדין המהותי של דיני המקרקעין, דין מסובך ומורכב מרבדים של דין עותומני, ירדני ומנדטורי, ותחיקת הביטחון. אין לשוטרי משטרת ש"י האפשרות המעשית לטפל בנושא. עקב בעיות קשות אלה, כמעט שלא מוגשים כתבי אישום בגין מעשים אלה.

קושי אחר טמון בהתנהגות האוכלוסייה הפלסטינית, שאינה מזדרזת לשתף פעולה עם המשטרה בנוגע לביצוע עבירות, ונמנעת לעיתים קרובות מהגשת תלונה על מעשי עבירה. יתכן שהדבר נובע מחמת חוסר אמון של הפלסטינים במשטרה, בין משום קשיי הגעה ובין מחמת טעמים אחרים.

התוצאה בשורה התחתונה היא, קושי חמור בהשגת ראיות.

מעבר לכל אלה כוח האדם במחוז ש"י הוא דל. שטח הפריסה שלו הוא רחב. שוטרי המחוז מוקפצים לא פעם לעזרה במקומות אחרים. משמעות הדברים היא שהיקף כוח האדם המוקצה לטיפול בעבריינות בשטחי איו"ש אינו הולם.

אך מעבר לבעיות הרבות שבטיפול בתיקים מסוג זה בכלי האכיפה של משפט פלילי, עומדת המשטרה **חסרת אונים מול מעשי הרשויות עצמן**, כפי שכבר סקרתי לעיל – בניה בניגוד לחוק

ללא תוכנית מפורטת כדין, וזאת באופן מסיבי של שכונות שלמות ומאחזים; תפיסת קרקעות סקר, או אף קרקעות פרטיות של פלסטינים. בכל אלה, כאשר הם נעשים על ידי רשויות המדינה, לא מטפלת משטרת ישראל.

מעשים אלה, כמו שמעבירים מסר לחיילים, כך מעבירים הם מסר לשוטרים.

עמדת משטרת ישראל, ככל שאני מבינה נוכח האמור עד כאן היא, ששינוי אפקטיבי בנוגע לאכיפת החוק בגין מעשי עבירה הכרוכים בהקמת מאחזים בלתי מורשים היא, שינוי המסר המדיני שיבוא לידי ביטוי בראש וראשונה בהפסקת המסר הכפול: הפסקת פעולות הבניה הבלתי חוקית הנעשות במימון ובעזרת רשויותיה של המדינה; הפסקת פעולות תפיסת הקרקעות הבלתי חוקית בהן מעורבות רשויות המדינה; בשינויי חקיקה מתחייבים כמו לגבי עבירות של שינוע קרוון ללא היתר ובניה בלתי חוקית ואחרות; הגברת שיתוף הפעולה בין חיילי צה"ל ומשטרת ישראל בכל הנוגע לתפקידי אכיפת החוק כלפי האוכלוסייה הישראלית בקשר למאחזים הבלתי מורשים ועבריינות על רקע אידאולוגי. וכן, הגדלת מספר השוטרים במחוז ש"י. בפגישה שקיימתי עם המפכ"ל עלתה הצעה לאפשר למשטרה במחוז לעשות שימוש למבצעים מיוחדים בשוטרי מג"ב המצויים בשטחי איו"ש. ניתן להיעזר בהם לצורך פינוי מאחזים ומבצעים מיוחדים אחרים.

10.7 סיכום

ברצוני להביא בפניך את עמדת רוב רובם של קציני צה"ל, בכירים אחרים במערכת הביטחון, ומשטרת ישראל, שהסבירו לי איש איש כלשונו וסגנונו, כי הקושי המרכזי בכל הנוגע לאכיפת החוק בשטחים לגבי המאחזים הבלתי מורשים הוא **המסר הכפול העובר כל השנים ממשלות ישראל לכל דרגי הביצוע, הביטחוניים והאזרחיים.** מרגע שהממשלה תחליט על מדיניות ברורה אמרו לי – תופסק דרך ההתנהלות המתוארת וימצא גם הפתרון.

עתה נעבור לתיאור הכלים המשפטיים הנוכחיים הטעונים שנוי על מנת לאפשר אכיפה יעילה יותר של החוק בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים.

פרק אחד עשר

הרפורמה הנדרשת לטיפול בהפרות חוק בקשר למאחזים הבלתי מורשים באיו"ש

11.1. חקיקה בכנסת
11.2. הרפורמה הנדרשת בתחיקת הבטחון:
11.2.1 הצו בדבר מבנים בלתי מורשים-אין צורך בשלב זה באלטרנטיבה חקיקתית
11.2.2 תיקון צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) 1539
11.2.3 חקיקת צו בדבר פינוי יבילים ששונעו בעבירה לאחר שהוצבו בשטח
11.2.4 קביעת בניה ללא היתר כעבירה
11.2.5 תיקון צו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (1445)
11.2.6 תיקון צו בדבר סילוק פולשים (1472)

<u>מבוא</u>

כפי שביארתי לעיל, שלושה הם הגורמים המרכזיים לכשלי אכיפת החוק בשטחים (ראה פרק עשירי – מבוא).

כדי להפסיק את הקמת המאחזים הבלתי מורשים, יש בראש וראשונה לשנות את המסר המדיני. בד בבד יש לתת הנחיות והוראות מנהליות למשרדי הממשלה להפסקת תמיכתם במאחזים הבלתי מורשים.

הרפורמה הנדרשת בכל הנוגע לכלים המשפטיים באה מבחינת סדר חשיבות הדברים, רק במקום השלישי. הכלים המשפטיים הם אמצעי משלים, המאפשר לממשלה המעוניינת לאכוף את מדיניותה כלפי מי שמפר את החוק.

בכל הנוגע לכלים המשפטיים הקיימים, הרי שאין בהם לתת תשובה לצרכים. הם טעונים רפורמה רבת היקף. ראשית אמנה את המעשים בהם מתבטאת תופעת המאחזים הבלתי מורשים. לאחר מכן אציין את הנושאים בהם אני מציעה רפורמה חקיקתית.

בטרם אדרש לגופם של עניינים ברצוני להביא לידיעתך כי היועץ המשפטי ליהודה ושומרון ואנשיו וכן ענף הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית עוסקים מזה זמן בהצעות שונות לשנויי צווים וחקיקה צבאית, במיוחד בחצי השנה האחרונה. נעשית עבודה בהקשר זה גם אצל המשנה ליועץ

המשפטי לממשלה מר מייק בלס. חלק מהצעותיי המוצגות להלן מתבססות על עבודה שנעשתה בהקשר זה על ידם.

עם זאת יש לציין כבר עתה, כי אין די ברפורמה החקיקתית. יש להקצות פרקליטים לייעוץ המשפטי של יהודה ושומרון על מנת שהכלים המשפטיים יופעלו הלכה למעשה, כל אלה בצד **מסר של אכיפה שצריך להיות מופנה כלפי כל גורמי אכיפת החוק.**

<u>תופעת המאחזים הבלתי מורשים באה לידי ביטוי באלה</u>

תפיסת חזקה במקרקעין שלא כדין, הבאה לידי ביטוי בגידור קרקעות; פריצת דרכים; הצבת מבנים כמו מגדל מים, אנטנות, עמודי חשמל; פתוח הקרקע כולל חישוף והכנת תשתיות; עיבוד הקרקע, זריעה, נטיעה, רעייה בקרקע, מניעת גישה תוך יצירת איום;

בניה ללא תוכנית מפורטת וללא היתר בניה; הצבת קרוונים ומבנים אחרים כמו מכולות וסככות; השתלטות על מבנים קיימים.

שינוע קרוונים מישראל לשטחים ובתוך השטחים;

חיבור קרוונים לתשתיות ואכלוסם, ובכך הפיכתם מטובין (הניתן להעברה) למבנה המחובר לקרקע;

חיבור לתשתיות כולל רשת החשמל והמים.

הכלים המשפטיים אמורים לתת תשובה להתמודדות עם התנהגויות אלה. כאמור – תחיקת הביטחון הנוכחית אין בה כדי לתת תשובה הולמת לטיפול בתופעת המאחזים הבלתי מורשים. אסקור להלן את עיקרי הרפורמה המוצעת על ידי, הכוללת גם תיקון חקיקה בכנסת. בפרק ההמלצות אמנה את כל תחיקת הביטחון שטעונה שנוי, שחלקה אינו מוזכר בפרק זה.

<u>עיקרי הרפורמה הנדרשת</u>

<u>חקיקה בכנסת</u>

תיקון סעיף 2(א) **לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשל"ח - 1977**, על מנת שניתן יהיה להעמיד ישראלי לדין בישראל בעבירות לפי תחיקת הביטחון באזור שאין להן מקבילה בישראל, והן בין השאר – שינוע

יביל ללא היתר או בניגוד לתנאי היתר; הפרת הוראה בדבר שטח צבאי סגור; עבירה בגין הפרת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים, ואחרות.

הערה: ניתן לבחור בפיתרון אחר לקושי המוצג לעיל, שאינו מחייב חקיקה בכנסת, הכול כמפורט בגוף חוות הדעת בהתייחס לנושא זה.

<u>שנויים בתחיקת הביטחון</u>

א. לגבי פינוי מאחזים – הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) שהוא הכלי האכיפתי הנוכחי לפינוי מאחזים – נראה מספק בשלב זה. אסקור צו זה להלן. יהיה מקום לשקול החלפתו באלטרנטיבה חקיקתית בעתיד רק אם יוכח כי הצו הנוכחי אינו נותן תשובה לצורך.

ב. תיקון סעיף העונשין **בצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) 1539** על ידי קביעת עונש ספציפי בגין ביצוע עבירה לפי הצו האמור. הענישה צריכה לכלול עונש מאסר משמעותי וקנס כספי כבד.

ג. תיקון **צו בדבר העברת טובין מספר 1252 התשמ"ח – 1978** ו**תקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים)** מכוחם יהיה ניתן לתפוס קרוון שהונח על הקרקע או חובר לתשתיות ולסלקו מהשטח בהליך מנהלי מקוצר, והכל בתוך פרק זמן קצר שייקבע.

ד. תיקון **צו בדבר העברת טובין מספר 1252** על ידי קביעה בו של תנאים למתן היתר לשינוע יביל: (1). לא יינתן היתר לשינוע יביל אלא אם הוצג היתר בניה כדין להצבת הקרוון המבוקש במקום היעד; הוצג תצלום אוויר של מקום היעד; הוצגה תוכנית מפורטת בת תוקף, ומהנדס

המועצה המקומית אישר בכתב כי הקרוון המיועד יוצב בהתאם לתוכנית. (2). המבקש יסביר בתצהיר ערוך כדין את הצורך בהובלת היביל. (3) מבקש ההיתר יפקיד ערובה למשך 18 חודשים להבטחת הנחת הקרוון במקום היעד המוצהר והשארתו במקום.

ה. תיקון **חוק תכנון ערים כפרים ובניינים, חוק זמני 79 לשנת 1966 הירדני** על ידי כך שבניה ללא היתר תקבע כעבירה פלילית; ייקבע בית המשפט המוסמך לדון בעבירות אלה; ויוסמכו תובעים.

ו. תיקון חוק התכנון והבניה הירדני לצורך החלת הסדר מקביל לחובת "טופס 4" בישראל לצורך חיבור מבנה לתשתיות כמו מים חשמל וטלפון, על ידי חקיקת הוראות מקבילות

ככל האפשר לסעיף 157א ל**חוק התכנון והבניה התשכ"ה - 1965** ולסעיף 5 ל**תקנות התכנון והבניה (אישורים למתן שירותי חשמל, מים וטלפון), התשמ"א - 1981.**

ז. חקיקה שתעניק סמכויות נרחבות יותר לטיפול בפולשים שלא כדין לקרקע פרטית של פלסטינים על ידי תיקון **צו בדבר סילוק פולשים (1472).**

ח. תיקון **צו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (מספר 1445)** (להלן: **"צו אישור הליכי בניה"**) – צו שנתן תוקף לפי תחיקת הביטחון להחלטת הממשלה 150 משנת 1996.

אדון בכל אחת מההצעות בפרוט, להלן.

11.1 חקיקה בכנסת

<u>העמדה לדין פלילי בגין שינוע קרוון ללא היתר, ומספר עבירות נוספות</u>

<u>מבוא</u>

בתת פרק זה נעסוק בעבירה הפלילית של שינוע קרוונים ללא היתר, אך עבירה זו היא למעשה דוגמא לבעיה באכיפת החוק לגבי שורה של עבירות נוספות בשטחי איו"ש. תכלית סקירה זו היא להבהיר את המצב המשפטי הנוכחי, לפיו אם הפר ישראלי הוראה הקבועה בתחיקת הביטחון באזור, שלא קיימת לה מקבילה בדין הישראלי הפנימי- כמעט שלא ניתן להעמידו לדין בגינה בבית משפט בישראל, ולמעשה אין בית משפט מתאים אחר בו ניתן להעמידו לדין. בגדר תוצאה זו נמצאת גם העבירה של שינוע קרוונים ללא היתר. התוצאה ממצב דברים זה היא העדר אכיפה פלילית של עבירת שינוע קרוונים ללא היתר – ועבירות נוספות כאמור.

לבעיה זו יש להציע <u>פיתרון דחוף</u>. בכך יעסוק תת פרק זה שלפנינו.

חוות דעתי שלהלן תתמקד בעבירה פלילית של שינוע קרוון ללא היתר באשר היא קשורה בטבורה לנושא הקמת המאחזים הבלתי מורשים. עבירות נוספות לגביהן מתעוררת בעיה דומה, וחלקן קשור אף הוא באופן הדוק לעניין פינוי מאחזים בלתי מורשים, הן אלה:

עבירה לפי סעיף 12 לצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) מספר 1539;
עבירה בשל הפרת צו כניסה לשטח צבאי סגור;
הובלת חומרים מתלקחים בתוככי האזור לאזורי A ו – B ללא היתר;
הבאת חומרים מתלקחים לאזור והובלתם באזור ללא היתר;

יתכן שיש עבירות נוספות על אלה לגביהן מתעוררת אותה בעיה.

(הערה - לגבי העבירה של כניסה לשטח צבאי סגור ניתן להעמיד לדין לפי תקנה 125 לתקנות שעת חירום. אך קיימת הנחיה של פרקליט המדינה שלא להעמיד לדין לפי תקנות אלה אלא באישורו. נראה לי על כן שלצורך עניינינו יש להתעלם מאפשרות דחוקה זו ולתת לקושי פתרון כולל, שיהיה בבחינת תשובה לכלל תחיקת הביטחון המעוררת את אותה בעיה).

11.1.1 העבירה הפלילית של שינוע יביל ללא היתר

הבניה הבלתי מורשית בשטחים, ובמיוחד בכל הנוגע להקמת מאחזים בלתי מורשים, קשורה קשר הדוק לנושא שינוע קרוונים (ראה סקירה בנושא בפרק 9.1.9 העוסק בשינוע קרוונים, כחלק מסקירת סמכויות המינהל האזרחי לעיל).

כפי שכבר כתבתי שם, כדי להכניס קרוונים לשטחי איו"ש יש צורך **בהיתר** לפי **צו בדבר העברת טובין מספר 1252; צו בדבר העברת טובין (תיקון) 1389; ותקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים).**

<u>**ההוראות המרכזיות בצווים לעיל, הן אלה:**</u>

צו בדבר העברת טובין 1252 סעיף 2.א.קובע:

"הבאת טובין לאזור והוצאת טובין מהאזור טעונות היתר מאת הממונה".

סעיף 2א.לאותו צו קובע:

"ראש המנהל האזרחי רשאי לקבוע בתקנות, כי הובלתם של טובין מסוימים בתוך האזור תהיה טעונה היתר מטעם הממונה".

הממונה רשאי להתנות מתן היתר בתנאים "לרבות תנאים בדבר העשייה בטובין לאחר הבאתם לאזור, והדרך בה יובלו ליעדם" (סע' 3 לצו);

סעיף 5 לאותו צו קובע:

"העובר על הוראות צו זה או מפר תנאי שניתן מכוחו, דינו – מאסר חמש שנים".

בתקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים) שהוצאו מכוח **הצו בדבר העברת טובין (יהודה ושומרון) (מספר 1252) תשמ"ח – 1998** נקבע בסעיף 2:

"הובלתו של מבנה יביל בתוך האזור טעונה היתר".

מכאן הכנסת קרוון לשטחי איו"ש שלא בהיתר, והובלתו בתוך האזור שלא בהיתר או תוך הפרת תנאיו (להלן: "הובלת קרוון שלא בהיתר") מהווה עבירה פלילית לפי תחיקת הביטחון בשטחי איו"ש.

משנתפס מסיע קרוון ללא היתר – מוגשת נגדו תלונה למשטרה על ביצוע עבירה פלילית.

עיון בריכוז נתונים מטעם יחידת התביעות של משטרת מחוז ש"י בכל הנוגע לסוג זה של עבירות מלמד, שרוב התלונות (סה"כ 19 תיקים שנפתחו בשנים 2002 עד 2003) הסתיימו בסגירת התיק על ידי המשטרה מטעמים שונים, אך עיקרם – חוסר ראיות.
(לחוסר הראיות המתברר בתיקים אלה יש קשר לקונסטרוקציה המשפטית לפיה פעלה התביעה הכללית עד כה).

תיק אחד שהוגש לבית המשפט השלום בכפר סבא, ת.פ 1500/02, **מדינת ישראל נ' חיים צבי פוגל ואח'**, בפני השופטת מימון - שעשוע – הסתיים בזיכוי.

פסה"ד בעניין פוגל הנ"ל – נעשה חלוט, שכן התביעה הכללית החליטה שלא לערער עליו. זאת מאחר שהוחלט בפרקליטות המדינה כי ככל הנראה בדין זוכה הנאשם, וזיכוי זה משליך על הטיפול הכולל בתיקים אלה.

11.1.2 אפשרות העמדה לדין של ישראלי בעבירה לפי הצו בדבר העברת טובין

העבירה של שינוע יביל ללא היתר הינה עבירה לפי תחיקת הביטחון בשטחים. אך זו אינה מהווה עבירה פלילית בישראל. בדרך כלל לא ניתן להעמיד לדין בישראל מי שלא עבר עבירה פלילית לפי הדין החל בישראל.

הדרך שהותוותה בתביעה הכללית בישראל להתמודד עם קושי זה היא העמדה לדין פלילי בישראל של מי ששינע קרוון לשטחי איו"ש שלא כדין, בעבירה פלילית לפי סעיף 287 לחוק העונשין בשילוב עם

סעיף 2(א) ל**חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשל"ח – 1977** (להלן: "**סעיף 2(א)**"), וכל אלה בשילוב עם תחיקת הביטחון שהזכרתי לעיל בנוגע לשינוע יביל ללא היתר.

נפרט בדבר:

סעיף 287 לחוק העונשין קובע:

> "המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו עניין, דינו – מאסר שנתיים".

העמדתם לדין של נאשמים בבית משפט בישראל בגין עבירה שבוצעה באזור נסמכה על סעיף 2(א) הנ"ל, שכך נקבע בו:

> "בנוסף לאמור בכל דין יהיה בית המשפט בישראל מוסמך לדון, לפי הדין החל בישראל, אדם הנמצא בישראל על מעשהו או מחדלו שאירעו באזור וכן ישראלי על מעשהו או מחדלו שאירעו בשטחי המועצה הפלסטינית, והכול אם המעשה או המחדל היו עבירות אילו אירעו בתחום השיפוט של בתי המשפט בישראל".

<u>הקושי בהעמדה לדין לפי קונסטרוקציה משפטית זו:</u>

על הקושי בהעמדה לדין לפי קונסטרוקציה משפטית זו עמד בית משפט השלום בעניין ת.פ. 001500/02, **מדינת ישראל נ' פוגל ואח'** בבית משפט השלום בכפר סבא, פס"ד שניתן על ידי כב' השופטת מימון –

שעשוע. בית המשפט מנה את הטעמים הבאים שמקשים על השימוש בסעיף 287 לחוק העונשין יחד עם סעיף 2(א) .

בית המשפט קבע כי:

א. סעיף 287 לחוק העונשין מיועד לטפל בהפרה של הוראות בית משפט או רשות מוסמכת שהן הוראות חוקיות **אישיות**. ההוראות מכוח סעיף זה אינן הוראות בעלות **תחולה נורמטיבית כללית**, הוראות הקבועות בחקיקה ראשית או חקיקת משנה.

ב. קושי נוסף הוא העדר התאמה עונשית בין הסעיפים הרלוונטיים: בעוד שלפי סעיף 287 לחוק העונשין העונש הוא 2 שנות מאסר, הרי לפי תחיקת הביטחון שלעיל (הפרת צו בדבר העברת טובין) העונש הוא 5 שנות מאסר. אי התאמה זו פוגעת ברף הענישה אליו התכוונה תחיקת הביטחון. הפתרון שנמצא לתביעה להעמיד לדין בישראל על עבירה קלה יותר, אינו פתרון ראוי. ניתן להעמיד לדין רק בעבירה הישירה של הפרת הצו בדבר העברת טובין, כנראה בבית משפט צבאי.

ג. קושי נוסף רואה בית המשפט בכך שקונסטרוקציה משפטית זו בה נקטה התביעה עוקפת את תנאי ומגבלות הסמכות האקס טריטוריאלית שקובע סעיף 2(א), שנועדה לאפשר העמדה לדין של ישראלי בישראל בגין מעשה שביצע מחוץ לישראל שלו היה מבוצע בישראל היה בגדרה של עבירה פלילית. בענייננו הקונסטרוקציה המשפטית שגיבשה התביעה הכללית נועדה לאפשר העמדה לדין של ישראלי שהמעשה שביצע מחוץ לישראל, **אינו מהווה עבירה פלילית לו היה נעשה בישראל.**

לאור נימוקים אלה זוכה הנאשם בפרשת פוגל.

מחמת אותן קביעות עקרוניות זוכו נאשמים מעבירה של כניסה לשטח A אשר הוכרז כשטח צבאי סגור, עבירה לפי **הצו בדבר הוראת ביטחון (יהודה ושומרון) (צו מספר 378), התש"ל – 1970** ת.פ. 1022/04, **מדינת ישראל נ' שפירא ברוך טוהר**, בפני השופטת רג'ינינו; במקרה אחר, שוב מחמת הפרת צו שטח צבאי סגור בת.פ. 1353/0, **מדינת ישראל נ' לבנת נועם**, על ידי השופטת נאוה בכור,

אף היא מבית משפט השלום בכפר סבא, שוב בעבירה של הפרת הוראה חוקית והפרעה לשוטר במילוי תפקידו בגין שהיה אסורה בגבעה 574 ליד אלון מורה שהוכרזה כשטח צבאי סגור.

11.1.3 המסקנה הנורמטיבית המתחייבת – העדר פורום משפטי

המסקנה המתחייבת נוכח מצב נורמטיבי זה היא כי משהפר ישראלי הוראה נורמטיבית כללית הקבועה בתחיקת הביטחון באזור, שאין לה עבירה מקבילה בדין הישראלי – לא ניתן להעמידו לדין בבית משפט בישראל.

פסקי הדין שניתנו לאחרונה בנושאים אלה כמבואר לעיל חשפו את הבעייתיות השוררת בתחום זה וחידדו את הצורך בחקיקה דחופה בנושא.

11.1.4 העדר אכיפה פלילית כפועל יוצא של העדר פורום משפטי

מאחר שהעמדה לדין של ישראלי בבית דין צבאי אינה מתאפשרת נוכח התנגדותו העקבית של צה"ל לאפשר זאת - עמדה שהתקבלה על ידי המחוקק (ראה בעניין זה ע"פ 163/82, **משה דוד נ' מדינת ישראל,** פ"ד לז(1) 622, בעמוד 642 כבוד הנשיא ברק); ובהעדר פורום משפטי אחר להעמדה לדין של ישראלי בשטחים, **יוצא שישראלי העובר עבירות פליליות מהסוג הנ"ל בשטחים – אינו עומד לדין בכלל.**

יש לציין כי חלק מתחיקת הביטחון האמורה, נועדה מעצם טיבה להיאכף דווקא על ישראלים – במיוחד הדברים אמורים בתופעת שינוע הקרוונים לאיו"ש ובתוכו, והכרזה על שטח כשטח צבאי סגור.

שלוש עבירות פליליות מאלה הנזכרות במבוא, קשורות קשר הדוק לנושא פינוי מאחזים בלתי מורשים:

שינוע קרוונים מהווה כלי מרכזי בידי המתנחלים להגדיל ולהעצים את תופעת המאחזים הבלתי מורשים במהירות ובאפקטיביות. מכאן שהצורך בהיתר לשינוע קרוון והסנקציה הפלילית המתלווה לכך הם

מכשיר חיוני למניעת או לפחות לבלימת תופעת הקמת המאחזים הבלתי מורשים על ידי הנחת קרוונים בשטח.

עבירה לפי צו בדבר מבנים בלתי מורשים, נועדה לטפל בכל מי שיפר את הצו במטרה להפריע או למנוע מכוחות הביטחון לפנות מאחז בלתי מורשה.

הכרזה על שטח צבאי סגור נועדה בין השאר לאפשר לכוחות צה"ל לפנות מאחזים בלתי מורשים ולמנוע ממתנחלים מלהגיע למקום וליטול חלק בנקיטת פעולות כלפי כוחות צה"ל למניעת הפינוי.

התוצאה המתוארת לעיל היא בלתי סבירה בעליל.
תחיקת הביטחון האמורה נותרת ככלי ריק שכן אין אפשרות לאכוף אותה; מושקעים מאמצים של יחידת הפיקוח, חיילי צה"ל, משטרת ישראל, פרקליטים ויועצים משפטיים בפתיחת תיקים פליליים נגד עבריינים לכאורה על תחיקת הביטחון, והכל לשווא, "על ריק", בלי שיש אפשרות בכלל שתהיה תוצאה לפעילות זו. והפעילות העבריינית מתנהלת באין מפריע.

מצב דברים זה, ידוע זה זמן לזרועות אכיפת החוק הרלוונטיות – כמו למתנחלים העוברים על הוראות אלה בריש גלי.
עצם התמשכות סיטואציה משפטית זו תורמת כשלעצמה לאווירה הכללית של לית דין ולית דיין, הלכה למעשה. זוהי חלק מתופעת אכיפת החוק ב"כאילו".

מצב דברים זה אסור לו להתקיים ויש לפעול לשינויו, וככל המוקדם כן ייטב.

11.1.5 הצעה לשינוי המצב המשפטי לעניין העמדה לדין של ישראלים בעבירות של שינוע קרוונים ללא היתר

הנושא המתואר לעיל נבחן לאחרונה על ידי ענף הדין הבינלאומי בצה"ל והוכנה על ידו חוות דעת בעניין (להלן: "**חוות דעת דבל"א**"), הנושא נבחן גם על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ). יש לציין כי כל המשפטנים העוסקים בנושא מאוחדים בדעה כי אין מקום להשלים עם מצב הדברים המתואר לעיל.

חוות דעת דבל"א מציגה הצעות אלטרנטיביות לשינוי חקיקה שיאפשר העמדה לדין של ישראלים בגין עבירות אלה. בעיקרון ישנם מספר פתרונות אפשריים כמוצע על ידם, לכל אחד מהם יתרונותיו וחסרונותיו. כשלעצמי מועדף עלי אחד הפתרונות בשינוי מסוים. אזכיר אותם בקצרה להלן.

11.1.6הצעות אלטרנטיביות של דבל"א:

א. **הרחבת סעיף 2(א) לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשל"ח – 1977**

סעיף 2(א) הנ"ל מאפשר העמדה לדין של ישראלים בבתי משפט בישראל בגין מעשים שנעשו באזור, ובתנאי שאילו היו נעשים בישראל היו הם בגדר עבירה.
סעיף 2(א) פורש בהרחבה בע"פ 831/80, **אבינועם צובא נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(2) 169; ובפרשת **דוד** הנ"ל.

התקנה פורשה בהתייחס לשאלה בדבר העמדתו לדין של ישראלי בבית משפט בישראל בגין מעשה שנעשה באזור אך איננו בגדר עבירה פלילית **באזור**, אולם מהווה עבירה פלילית בישראל.

כאמור הסעיף כמתכונתו היום אינו מאפשר העמדה לדין בישראל של ישראלי בגין מעשה שעשה באזור, מהווה עבירה באזור, **אך אינו מהווה עבירה בישראל.**

הצעת דבל"א הינה להוסיף סעיף משנה לסעיף הנ"ל שזה לשונו:

> "א1. בנוסף לאמור בכל דין יהיה בית המשפט בישראל מוסמך לדון ישראלי על מעשהו או מחדלו שיארעו באזור אם המעשה או המחדל מהווים עבירה [לפי תחיקת הביטחון] באזור. "

ההצעה משמיטה את יסוד הפליליות בישראל, ומאפשרת העמדה לדין בישראל בגין עבירה שאינה עבירה פלילית בישראל.

ההצדקות להצעה, לפי מציעיה הן שבית המשפט בישראל הוא הפורום הרלוונטי להעמדה לדין של ישראלי שעבר עבירה על תחיקת הביטחון באזור. לישראל יש אינטרס שהוראות תחיקת הביטחון באזור יאכפו, ויש אינטרס כי אזרחיה העוברים על תחיקת הביטחון יועמדו לדין ויענשו במידת הצורך.

אך בצד התועלת שיש בהצעה יש בה גם חסרונות, כפי שמציעיה ערים להם, ומציינים אותם. מאחר שהנימוקים שעומדים נגד ההצעה רלוונטיים להצעות האלטרנטיביות של דבל"א, ולכן טרם שאציין את החסרונות האמורים, אזכיר את ההצעות האלטרנטיביות. ואלה הן:

ב. **<u>הצעה שניה היא על דרך הרחבת תחולת סעיף 286 לחוק העונשין שענינו הפרת הוראה אישית פרסונאלית.</u>** <u>וכך קובע הסעיף</u>:

> "המפר הוראת חיקוק במזיד, במעשה האסור לפי אותו חיקוק או בהימנעות ממעשה שעשייתו נדרשת לפי אותו חיקוק, והדבר נוגע לציבור, דינו – מאסר שנתיים; והוא, אם אין נראית מאותו חיקוק כוונה לעונש אחר על הפרתו"

הצעת דבל"א היא להוסיף לסעיף העבירה תוספת שזה לשונה:

> "לעניין סעיף זה – חיקוק – לרבות תחיקת הביטחון באזור; ואולם לגבי תחיקת הביטחון באזור, לא יחול הסייג שבסיפא לסעיף"

לגבי סעיף זה מן הראוי להבהיר כי הוא פורש עד כה כסעיף עבירה שחל רק במקום שסעיף עבירה אחר חל אך אינו קובע עונש בשל הפרתו (ראה בג"צ 141/82, **ח"כ אמנון רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז(3) 141; ת.פ. (תל אביב יפו) 92/97, **מדינת ישראל נ' י.מ. עיני תעשיות מתכת**, תק-מח 2002(4) 360).

ג. **<u>הצעה שלישית: הוספת עבירה ייחודית בישראל לפיה מעשה או מחדל הקבועים כעבירה בתחיקת הביטחון באזור, יהוו גם עבירה בישראל.</u>**

ד. **<u>הצעה רביעית: ייקבעו כעבירה בישראל באופן פרטני כל אותן עבירות בתחיקת הביטחון באזור, שאין להן מקבילה בישראל.</u>**

כאמור, מציעי האלטרנטיבות היו ערים לבעיות שכל הצעה כאמור מעוררת. לא אחזור כאן על כל הנימוקים שהועלו, ולמען הקיצור אצרף את הצעתם **כ<u>נספח 18</u>** לחוברת ג'.

<u>עיקרי הנימוקים (בתמצית) העומדים נגד הצעות אלה, כפי שצויינו על ידי דבל"א:</u>

א. יש קושי בכך שבית המשפט בישראל ידון ישראלים בגין עבירות באזור שאינן מהוות עבירה בישראל עצמה.

ב. תחיקת הביטחון כולה תיובא דרך צינור זה בלי שעברה חקיקה של הכנסת.

ג. העמדה לדין בבית משפט בישראל תטשטש את ההפרדה הקיימת בין האזור לבין ישראל. שילוב אלמנטים מהדין באזור עם העמדה לדין בישראל לפי הפרוצדורה בישראל יוצר ערבוביה שיתכן שיש לה השלכות נוספות, ולא רצויות.

מציעי ההצעה מציינים נימוקים נוספים שלא מצאתי מקום להזכירם.

<u>אפשרות הרחבת סמכותם של בתי המשפט המקומיים</u>

אפשרות נוספת שניתן להעלות (בנוסף לאפשרויות שהעלתה דבל"א) הרחבת סמכותם של בתי המשפט לעניינים מקומיים. בתי המשפט המקומיים באיו"ש הוקמו מכוח תקנון המועצות האזוריות (יהודה

ושומרון) התשל"ט – 1979; ותקנון המועצות המקומיות (יהודה ושומרון) התשמ"א – 1981 (להלן: "**התקנונים**").

בתקנונים אלה הוסדרה הקמת מערכת בתי המשפט לעניינים מקומיים ודרכי פעולתם.

בהתאם לסמכותו לפי התקנונים כונן מפקד כוחות צה"ל באזור שלושה בתי משפט לעניינים מקומיים בדרגה של ערכאה ראשונה, על מנת שישמשו את ההתיישבות הישראלית באזור.
שלושת בתי המשפט שהוקמו הם: באריאל; מעלה אדומים; קרית ארבע.
שופטי בתי המשפט המקומיים מתמנים על ידי אלוף הפיקוד. השופטים שמתמנים מכהנים כשופטי שלום בישראל. המנוי נעשה לפי המלצת הנהלת בתי המשפט בישראל.
ערכאת הערעור: מפקד האזור כונן את ערכאת הערעור, מכוחה הסמיך את שופטי בית המשפט המחוזי בירושלים לשמש כשופטים מקומיים של ערכאת הערעור. הערעור נשמע בפועל בבית המשפט המחוזי בירושלים.

סמכות בתי המשפט לעניינים מקומיים:

מתחלקת לשלושה מישורי סמכות: פרסונלית; טריטוריאלית; ועניינית. נבאר זאת:
<u>פרסונלית</u> – צד לדיון בעניינים אזרחיים, יכול להיות: מפקד האזור או מי שפועל מטעמו; מתיישב; או מי שהסכים להיות צד לדיון; צד לדיון פלילי- בית המשפט מוסמך לשפוט רק מי שנכנס להגדרת מתיישב.
<u>טריטוריאלית</u> – משתרעת על פני שטח הישובים באיו"ש בלבד.
<u>עניינית</u> – בעיקר תחומי תכנון ובניה, תעבורה, שמירה בישובים, אבטחת מוסדות חינוך ואחרים. וכן – בעניינים מוניצפאליים כמו העסקת עובדים, חוזים ומכרזים ואחרים. וכן עבירות על התקנון, חוקי עזר, ועוד.

לאפשרות הרחבת סמכותם של בתי המשפט המקומיים באיו"ש יש יתרונות וחסרונות. נראה לי כי החסרונות גוברים על היתרונות. נעמוד עליהם בקצרה:

<u>היתרונות בהרחבת סמכותם של בתי המשפט המקומיים</u>

העבירות הרלוונטיות לדיון זה הן עבירות על תחיקת הביטחון החלה בשטחים. קביעת התנהגויות אלה המפורטות בתחיקת הביטחון כעבירות פליליות הינה חיונית לשמירת החוק והסדר באזור. לישראל יש אינטרס חזק, להשקפתי, כי עבירות אלה תיאכפנה כלפי עבריינים ישראלים בשטחים המבצעים אותן.
אך לא בכדי הן אינן בגדר עבירות בישראל. אין כל אינטרס ציבורי להפיכתן לעבירות בתחום ישראל.
אין להן רלוונטיות לאורח החיים בישראל ואין בהן כל צורך.
טבעי היה כי עבירות אלה תיאכפנה באזור בו הן מבוצעות.

<u>החסרונות בהרחבת סמכותם של בתי המשפט המקומיים</u>

א. הקונספציה העומדת ביסוד בתי הדין המקומיים באיו"ש היא שהם יהוו מוסד להכרעת סכסוכים ואכיפת החוק בכל העניינים הנוגעים להתיישבות הישראלית בשטחים **ובכך בלבד.** הדבר מצא ביטויו **בכל מישורי הסמכות שנקבעו לבתי המשפט המקומיים: מהבחינה הפרסונלית, הטריטוריאלית והעניינית.** תחומי פריסתם של בתי המשפט המקומיים אינה נוגעת כל עיקר למתרחש באזור כולו.

ב. הרחבת סמכותם למעשי עבירה שנעברו בכל האזור איננה משתלבת עם הגדרתם כבית משפט לעניינים מקומיים.

ג. הרחבה כאמור עלולה ליצור רושם שזוהי החלת הדין הישראלי בשטחים בדלת האחורית.

ד. אפשרות אחרת, והיא הסמכתם לדון גם בעבירות של שינוע יביל ללא היתר, או אחת העבירות האחרות שהוזכרו, אבל בתחומי סמכותם הטריטוריאלית בלבד, אינה פותרת את הבעיה. יהיו ודאי עבריינים רבים מסוג זה שלא ייתפסו בין גדרי הסמכות של בתי המשפט המקומיים ויהיה צורך לתת פתרון משפטי ראוי לגביהם מבחינת הפורום המוסמך לדון בעניינם. מכאן, שהסמכה של בתי המשפט המקומיים כאמור אינה פותרת את הקושי.

11.1.7 חוות דעתי

ההכרעה בין ההצעות השונות היא קשה, שכן כל אלטרנטיבה מעוררת קושי מסוים.

האלטרנטיבה המועדפת עלי היא ההצעה הראשונה של דבל"א – על ידי תיקון סעיף 2(א) ל**חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשל"ח – 1977**, כאשר לחוק זה תיווסף התוספת המוצעת על ידי דבל"א **בשינוי מסויים** שאני מציעה לכלול בו, כפי שאעמוד עליו להלן.

סעיף 2(א) קובע:

> "בנוסף לאמור בכל דין יהיה בית המשפט בישראל מוסמך לדון, לפי הדין החל בישראל, אדם הנמצא בישראל על מעשהו או מחדלו שאירעו באזור וכן ישראלי על מעשהו או מחדלו שאירעו בשטחי המועצה הפלסטינית, והכול אם המעשה או המחדל היו עבירות אילו אירעו בתחום השיפוט של בתי המשפט בישראל".

לפי הצעת דבל"א יתווסף לתקנה סעיף קטן א1 ובו ייקבע:

> א1. בנוסף לאמור בכל דין יהיה בית המשפט בישראל מוסמך לדון ישראלי על מעשהו או מחדלו שיארעו באזור אם המעשה או המחדל מהווים עבירה [לפי תחיקת הביטחון] באזור.

<u>סעיף א1 אני מציעה לשנות על ידי זה שייקבע בו כלהלן:</u>

> "בנוסף לאמור בכל דין יהיה בית המשפט בישראל מוסמך לדון ישראלי על מעשהו או מחדלו שיארעו באזור אם המעשה או המחדל מהווים עבירה לפי תחיקת הביטחון באזור <u>והיא מנויה בתוספת".</u>

בתוספת יקבעו מספר מצומצם של עבירות לפי תחיקת הביטחון שאין דרך להעמיד בגינן לדין בשטחים, והן בעיקרן העבירות שצוינו על ידי לעיל.

<u>הנימוקים העומדים ביסוד הצעתי הם אלה:</u>

א. העבירות לגביהן תחול חקיקה זו לא יהיו עבירות בישראל. הן אינן משרתות כל אינטרס ציבורי בישראל, ואין בהן כל צורך בישראל. לבית המשפט בישראל תוקנה סמכות לדון בהן, אך כאמור, הן לא יהיו עבירות בישראל.

ב. הצעתי משרתת את עיקרון המידתיות. מספר העבירות שבית משפט בישראל יהיה מוסמך לדון בהן, ושהן אינן בגדר עבירות בישראל – יהיה מצומצם ביותר. הוא לא יעלה על הנדרש. הפתרון יינתן רק במקום ההכרחי ולא למעלה ממנו.

ג. אכן יש כאן קושי קונספטואלי לפיו בית משפט בישראל דן בעבירות שאינן עבירות בישראל. אך נדמה לי כי ניתן להתגבר על קושי זה מחמת מספר נימוקים:

(1). העבריינים הרלוונטיים הם ישראלים, וזיקתם הראשונית היא לבית המשפט בישראל. בית המשפט הישראלי לא ישפוט זרים לפי דין זר, אלא תושבים ישראלים.

(2). המחוקק שהוציא תחת ידו את תחיקת הביטחון הוא מפקד צה"ל באזור הכפוף לדרג המדיני הישראלי, קרי, ממשלת ישראל. לכן החיקוק שהוציא, איננו בגדר דין זר במובנו המלא, כלפי אותם עבריינים ישראלים עליהם נועד לחול, ואיננו זר לבית המשפט הישראלי.

(3). יש אינטרס ציבורי ישראלי ראשון במעלה כי תחיקת הביטחון בשטחים תיאכף. העדר הסדר משפטי לאכיפת החוק על עבריינים ישראלים בשטחים פוגע בשילטון החוק בישראל, בין השאר מחמת הקרבה הפיזית בין האזור לישראל, מחמת היות העבריינים

אזרחים ישראלים ומחמת האינטרסים הכלליים של ישראל בכל הנוגע להחזקתה בשטחים.

(4). הסדר חקיקתי כזה כבר מוכר, בחלקו, בדין הישראלי. בית המשפט המחוזי בירושלים הוא המשמש למעשה ערכאת ערעור על פסיקת בתי המשפט המקומיים בשטחים. הדין החל בערכאת הערעור איננו דין המקום – דין ישראל, אלא תחיקת הביטחון החלה בשטחים. השוני לעומת הצעתי הוא שמינוי השופטים לפי ההסדר שם - נעשה פורמאלית, בידי מפקד האזור.

נראה לי על כן כי זו ההצעה המועדפת בנסיבות העניין.

האלטרנטיבות האחרות שמעלה דבל"א נראות לי פחות, בין השאר מחמת הנימוקים שהועלו על ידם כחסרונות לאותן הצעות.

מקובל עלי כי לכל אחת מההצעות שהועלו יש חסרונות, כולל הצעתי שלעיל. כל פיתרון שיימצא, לא יהיה אופטימאלי. יש להעדיף את הפתרון הפוגעני פחות מבין הפתרונות האפשריים.

מתן סמכות שיפוט בישראל לעבירה שנעברה בשטחים היא פחות פוגענית ולכן יותר מידתית. היא אינה מחייבת קביעת ההתנהגות האמורה כעבירה בישראל, כי אין בכך כל צורך. תחיקה זו אינה משרתת כל אינטרס ישראלי פנימי, ומשכך, אין בסיס להופכה לחקיקה פנים ישראלית. טעם זה די בו כדי שלא להפוך את תחיקת הביטחון בשטחים לעבירות בישראל. הטענה שאין לעשות כן מאחר שהכנסת לא נתנה דעתה על עבירות אלה היא נכונה אמנם, אך לדעתי הכנסת איננה צריכה לתת דעתה כלל על אותן עבירות בהקשר הפנים ישראלי משום שאין בתחולתן בישראל כל תרומה חברתית או אחרת פנים ישראלית.
היא אינה מחייבת לייבא את תחיקת הביטחון כולה לישראל על ידי הקניית סמכות לבית משפט בישראל לדון בכל תחיקת הביטחון. היא קובעת עבירות מסויימות, בהן ורק בהן, יהיה בית משפט בישראל מוסמך לדון לפי תחיקת הביטחון. לכן הפתרון המוצע הוא מידתי.

ההצעה לתקן את סעיף 286 לחוק העונשין אינה נראית לי משום שלפי פירושו עד היום בפסיקה בישראל הוא לא נועד לתכלית האמורה; וכן, השימוש המוצע בו יאפשר אף הוא להפכו ל"צינור יבוא" של עבירות על תחיקת הביטחון בשטחים, ולכן פתרון זה הוא בלתי מידתי לדעתי, והנימוקים שמניתי ביחס לאלטרנטיבות האחרות חלים גם כאן.

<u>לסיכום</u>

אני ממליצה בפניך ליזום תיקון של סעיף 2(א) לחוק בדבר הארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשל"ח – 1977, על ידי הוספת סעיף א1 לתקנה 2(א) האמורה, וזו לשון התיקון המוצע:

> "בנוסף לאמור בכל דין יהיה בית המשפט בישראל מוסמך לדון ישראלי על מעשהו או מחדלו שיארעו באזור אם המעשה או המחדל מהווים עבירה לפי תחיקת הביטחון באזור והיא מנויה בתוספת"

לחילופין, אם הצעתי אינה מקובלת עליך, נראה לי כי האלטרנטיבה הנראית לי במקומה היא הסמכת בית משפט לעניינים מקומיים.

בשולי הדברים ברצוני להוסיף, כי ניתן כמובן לקבוע כי הצעה אחרת מהמנויות לעיל היא העדיפה. אך נראה לי כי מעבר לכל – **יש לפעול במהירות להסדרת נושא זה שכן העבירות הרלוונטיות שלעיל קשורות קשר הדוק לנושא פינוי מאחזים בלתי מורשים, ואכיפתן אמורה לתרום תרומה של ממש להפסקת הפרות החוק הנעשות בהקשר זה.**

11.2 הרפורמה הנדרשת בתחיקת הביטחון

11.2.1 פינוי מאחזים

מהם הכלים המשפטיים הנתונים כיום בידי הרשויות לפינוי מאחזים בלתי מורשים? האם כלים אלה מספיקים? האם יש צורך להציע כלים נוספים? באלה נעסוק במסגרת תת פרק זה.

<u>הכלי המשפטי המרכזי לפינוי מאחזים בלתי מורשים</u>

המכשיר המשפטי המרכזי הנוכחי לפינוי מאחזים בלתי מורשים הוא **צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (מספר 1539)** (להלן: "**צו מבנים בלתי מורשים**").

טרם שנסקור את הכלי המשפטי האמור, נעמוד על הרקע לחקיקתו.

<u>הרקע לחקיקת הצו בדבר מבנים בלתי מורשים</u>

צו מבנים בלתי מורשים חוקק בדצמבר 2003 בידי מפקד האזור, לאחר שראש הממשלה ושר הביטחון הנחו אותו לחוקק את הצו.

עד דצמבר 2003 נשענו הליכי פינוי מאחזים על נוהל בניה בלתי חוקית (נוהל בב"ח - ראה אזכור בפרק ראשון הבהרת מושגים; פרק רביעי בסעיף 4.2.4 בנושא הפיקוח; פרק תשיעי, סעיף 9.1.9 – בנושא צווי הריסה).

משנעשו ניסיונות במהלך שנת 2003 לפינוי מאחזים בלתי מורשים על בסיס נוהל זה, התברר כי אין הוא מתאים לטיפול בסיטואציה. מתברר כי מיד לאחר שרשויות המדינה פינו מאחז – שבו תושביו והקימוהו מחדש, והיה צריך להתחיל את תהליך נוהל בב"ח כולו מחדש.

נציגי המדינה הסבירו בבג"צ במסגרת תשובת המדינה לעתירה עקרונית שהוגשה נגד חקיקת **צו בדבר מבנים בלתי מורשים** כי הצו הוא תולדה של החלטת הדרג המדיני, לטפל באופן נמרץ יותר בתופעת המאחזים הבלתי מורשים ביהודה ושומרון, שחלק מהם אף הוקמו על אדמה בבעלות פלשתינים. זאת לאחר שנוכח כי פינויים תוך הסתמכות על הדין הקיים לא צלח, שכן מיד לאחר פינוי המתיישבים, שפעלו מטעמים אידאולוגיים - שבו והקימו את המאחזים מחדש באזור סמוך. (ראה בג"צ 5853/04, **אמנה ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל באזור ואח'**).

בית המשפט העליון בחן את חוקיות הצו בעתירה עקרונית שהוגשה נגד חקיקתו בפרשת אמנה הנ"ל. בית המשפט העליון קבע כי הצו הוצא על ידי מפקד האזור על יסוד הוראה בכתב שקיבל מראש הממשלה ומשר הביטחון. הם מצדם הסתמכו על החלטות ממשלה משנת 1996 (החלטה 150); וכן החלטה משנת

1999 והחלטה משנת 2001. החלטה 150 נזכרה כבר על ידי בפרק הרביעי, סעיף 4.2.1.1 סעיף קטן ח'
.

החלטה מספר הת/2 של ועדת שרים להתיישבות ביש"ע מיום 10.10.99 שאומצה על ידי הממשלה (ממשלת ברק) בהחלטה 471, קבעה כלהלן:

"סוגיית המאחזים ביהודה ושומרון

מחליטים, להסמיך את ראש הממשלה ושר הביטחון לפעול על פי סמכותו ושיקול דעתו בכל הקשור לנקודות התיישבות/ מאחזים מבודדים שלא ברצף לשטח מבונה של ישובים קיימים ביהודה ושומרון שהוקמו באזור יהודה ושומרון, בהתחשב ובהתבסס, בין היתר, על ההיבטים הביטחוניים והמשפטיים הרלוונטיים" .

החלטת 2001 היא ההחלטה בדבר מפת הדרכים מיום 25.5.03 בה התחייבה ממשלת ישראל בכפוף להערות שמסרה לממשל האמריקאי כחלק בלתי נפרד מההחלטה, ובכפוף למילוי תנאים הנזכרים בנוסח ההערות שמסרה ישראל לעיון הממשל האמריקאי, להקפיא התנחלויות ומאחזים בלתי חוקיים.

בית המשפט העליון קבע כי הצו הוא חוקי, והוצא בסמכות מכוח החלטות הממשלה האמורות, ובמיוחד על בסיס החלטת 1996 והחלטה 471 הנ"ל (ראה **אמנה** הנ"ל). עתירות לדיון נוסף – נדחו (דנג"צ 2309/04; 2273/04)

<u>עיקרי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים</u>

ההוראות העיקריות הצריכות לענייננו הן אלה:

מפקד כוחות צה"ל רשאי להכריז על תיחום שטחים, כאמור בסעיף 2 לצו:

"תחימת שטחים"

"א. מפקד כוחות צה"ל באזור רשאי להכריז לצורכי צו זה על כל שטח או מקום אשר בתחומו מצוי מבנה לא מורשה, אחד או יותר, כשטח מתוחם (להלן: ההכרזה)

ב.

ג.

ד."

"מבנה לא מורשה" מוגדר:

"(1). מבנה שהוקם שלא בהתאם לאחת התוכניות התקפות הבאות:

(א). ביחס לשטח הכלול בתחום תוכנית כהגדרתה בצו בדבר אישור הליכי תכנון – תכנית שקיבלה את אישור ראש המנהל האזרחי לפי סעיף 2(א) לצו בדבר אישור הליכי תכנון.

(ב). ביחס לשטח אחר – תוכנית תכנון מפורטת כמשמעותה בחוק, שקיבלה תוקף לאחר היום הקובע או מערכת הנחיות כמשמעותה בצו בדבר מתן היתרים.

(2). מבנה שהוקם שלא בהיתר שניתן כדין בשטח שלגביו חלה תוכנית תכנון שהתקבלה לפני היום הקובע."

הכרזה על תחום שטח או מקום תפורסם בדרך שנקבעה בצו; לאחר הפרסום חל סעיף 4 הקובע:

איסור כניסה ושהייה

"א. בתום 3 ימים ממועד פרסום ההכרזה לא ייכנס אדם לתחום ההכרזה ולא ישהה בו למעט המנויים בסעיף 6 לצו זה.

ב. שהה אדם בתחום ההכרזה בניגוד להוראות סעיף קטן (א) חייב הוא לצאת אל מחוצה לו, הכול כפי שיורה המפקד הצבאי.

ג. הפר אדם הוראות סעיף זה, יהיו כל חייל או שוטר רשאים להוציאו אל מחוץ לתחום ההכרזה."

הצו מקנה סמכות בסעיף 7 לחייל או שוטר לפעול בכוח לשם ביצוע סמכויותיהם:

כניסה ושימוש בכוח

"לשם ביצוע סמכויותיהם לפי צו זה רשאים כל חייל או שוטר או מי שהוסמך לכך על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לפעול על פי צו זה:

(1). להיכנס בכל זמן ובכל מקום לתחום ההכרזה

(2). להשתמש בכוח סביר במידה הדרושה לפי הנסיבות כלפי אדם או רכוש."

הצו קובע גם אפשרות להגשת השגה וקובע הוראות לדיון בהשגה.

הוצא צו תיחום לפי צו זה, הוגשה נגדו השגה ונדחתה – ניתן להגיש עתירה לבג"צ על הוצאת צו התיחום. היה והעתירה נדחית – הופך צו התיחום לצו מוחלט והוא בר תוקף משך שנתיים.

<u>**עילת הפינוי מכוח צו בדבר מבנים בלתי מורשים**</u>

עילת הפינוי מכוח צו מבנים בלתי מורשים מבוססת, בין השאר, על אי חוקיות שנפלה במבנה בהעדר סטאטוס תכנוני חוקי. למעשה עילת הפינוי היא משולבת, שכן כפי שביארתי לעיל, אישורה של תוכנית מפורטת בשטחים מותנה בהסכמת הדרג המדיני – שר הביטחון. מכאן שעילת הפינוי היא משולבת: תכנונית ומדינית.

<u>האם צו מבנים בלתי מורשים הוא מספיק לצורך פינוי מאחזים בלתי מורשים?</u>

כדי לבחון את שאלת האפקטיביות של הצו, יש לבדוק האם מאחזים בלתי מורשים לא פונו עד כה מחמת קושי משפטי הטמון בצו.

אומר כבר בפתח הדברים כי אין למסקנה כזאת כל בסיס.

בעניין המאחזים שפונו, אלה שניתנים לפינוי לאחר סיום כל ההליכים המשפטיים, ואלה שטרם ננקטו נגדם צעדים משפטיים במטרה לפנותם – ראה סקירה בסעיף 5.5.1 לעיל. נציין כאן רק את "**השורה התחתונה**" של הסיכום שם – **ניתן לבצע פינוי באופן מיידי נגד 6 מאחזים שההליכים המשפטיים**

נגדם הסתיימו זה מכבר; ניתן להוציא צווי תיחום נגד מאחזים אחרים, אך טרם הוחלט על כך על ידי הדרג המדיני.

<u>לסיכום:</u> לא הוצאו צווי תיחום נגד רוב רובם של המאחזים הבלתי מורשים.

יש לציין כי במסגרת העתירות לבג"צ נטענו טענות שונות נגד צווי התיחום. טענות אלה יש להן אופי כללי, שכן הן עלולות לחזור על עצמן בעתיד. מן הראוי להדגיש כי **כל הטענות נדחו**, אחת לאחת. רצ"ב רשימת כל העתירות לבג"צ שהוגשו, ותמצית ההחלטות בהן, כפי שהוכנו לבקשתי על ידי מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה, רצ"ב, **כ<u>נספח 19</u>** לחוברת ג'.

המסקנה המתחייבת נוכח הסקירה לעיל היא כי סיבת אי פינוי המאחזים הבלתי מורשים אינה נעוצה בקושי משפטי.

אציין בהקשר זה כי אי הוצאת צווי תיחום, ואי ביצוע צווי תיחום שאושרו כבר בבג"צ, מהווים כשלעצמם בבחינת מסר שלילי בכל הנוגע לאכיפת החוק על עברייני המאחזים הבלתי מורשים (ראה פרק עשירי סעיף 10.4)

<u>האם יש צורך להציע כלים משפטיים נוספים לפינוי מאחזים</u>

סקירת העובדות לעיל מחייבת את המסקנה כי אין עילה משפטית לאי פינוי המאחזים הבלתי מורשים. טרם שהתחלתי בכתיבת דו"ח זה, נשמעו הצעות לקביעת אלטרנטיבה חקיקתית לצו בדבר מבנים בלתי מורשים. בין השאר היו שטענו בפני שיש ליצור אלטרנטיבה חקיקתית שתאפשר פינוי בו זמני של מספר מאחזים, בלי שיהיה צורך לדון בחוקיות כל מאחז ומאחז בבית המשפט העליון, דבר שיקל על הליכי הפינוי. נשמעו טעמים נוספים ליצירת אלטרנטיבה חקיקתית, אך אין צורך למנותם כאן לאור מסקנתי שלהלן.

לאחר ששקלתי בדבר, ונועצתי עם היועץ המשפטי לממשלה ואנשי פרקליטות המדינה, הגעתי למסקנה, המקובלת גם עליהם, כי אין מקום בשלב זה להציע אלטרנטיבה חקיקתית, שיש לה חסרונות משל עצמה.

לעת הזאת, נראה הצו בדבר מבנים בלתי מורשים מספק. היה ויופעל הצו הלכה למעשה, ויתברר כי נוצר קושי כלשהו מחמת ליקוי הטמון בהסדר המשפטי המקופל בצו – ניתן יהיה לשקול הצעה חקיקתית אלטרנטיבית באותו זמן.

יש לציין כי שר הביטחון הודיעני במכתב מזכ"צ שר הביטחון אלי, כי לדעתו הצו בדבר מבנים בלתי מורשים הוא מספק ואין צורך באלטרנטיבה חקיקתית בשלב זה.

לאור כל אלה נראה כי אין צורך באלטרנטיבה חקיקתית בשלב זה. היה וישתנו הנסיבות ויתברר הצורך בשינוי – ניתן יהיה לגבש פתרון חקיקתי מתאים באותו מועד.

11.2.2 תיקון צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) מספר 1539

<u>מבוא</u>

שני תיקונים מתחייבים לדעתי בכל הנוגע לצו זה. האחד עניינו בכך שבגין עבירה לפי צו זה לא ניתן להעמיד לדין באשר אין לה מקבילה בישראל. דנתי בכך בפרק העוסק בעבירת שינוע יביל

ללא היתר. הפיתרון שיימצא שם צריך לחול גם כאן. עם זאת אוסיף מספר מלים בעניין זה גם כאן, להלן בגוף עמדתי.
השני – סעיף העונשין בצו איננו קונקרטי. יש לתקנו על ידי קביעת ענישה הולמת לעבירה זו, במיוחד לעניין הקנס שיש מקום לאפשר להטיל על מי שימצא אשם בעבירה לפיו.

העמדה לדין בגין עבירה של הפרת צו בדבר מבנים בלתי מורשים

הקושי שמעורר צו זה מתייחס לסעיף העבירה הקבוע בו. וכך קובע סעיף 12 לצו, שכותרתו עונשין:

> "העובר על הוראות צו זה או המפריע לחייל או שוטר או מי שהוסמך על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לפעול על פי צו זה למלא את תפקידיהם על פי צו זה – יאשם בעבירה."

כבר עמדתי על כך שעבירה זו אינה בגדר עבירה בישראל, ולכן יש לתת פיתרון חקיקתי לאפשרות העמדה לדין לפי סעיף עבירה זה.

ברצוני להדגיש כי **סעיף עבירה זה הוא חיוני לצורך התמודדות עם פינוי מאחזים בלתי מורשים.** אבאר דברי:

בהתאם לצו חל איסור כניסה למבנה או מקום שהוכרז שטח מתוחם לפי צו זה, ושוטר וחייל רשאים להשתמש בכוח סביר במידה הדרושה לפי הנסיבות כלפי אדם או רכוש, לצורך מילוי תפקידם לפי הצו.

אחד הקשיים עמם יאלצו כוחות הביטחון להתמודד בבואם לבצע פינוי מאחז בלתי מורשה הוא, התגודדות של המוני מתנחלים שיגיעו לשטח המיועד לפינוי כדי להקשות על כוחות הפינוי לבצע את תפקידם.

מי שיפעל נגד חייל או שוטר שיעשו במילוי תפקידם כדין, או מי שינסה להיכנס לשטח מתוחם שלא כדין, ימצא עובר עבירה לפי הצו.

דא עקא שאין פורום משפטי להעמידו לדין על כך, מהסיבות שתיארתי בפרק העוסק בנושא העמדה לדין בגין שינוע יבילים שלא בהיתר.

אין להכביר מלים בדבר הצורך להעמיד לדין מי שיעבור עבירה לפי צו זה. וכן, אי העמדה לדין של העבריין תעביר מסר שלילי למפרי הצו, ועידודם להעצים את פעולות ההפרעה לפינוי. אכן, קרוב לודאי שימצאו גם עבירות אחרות לפיהן ניתן יהיה להעמיד לדין עבריין, לפי חוק העונשין. אך עדיין יש מקום לאפשר העמדה לדין גם לפי הצו עצמו.

קושי זה יש לפתור, ובמהרה.

<u>תיקון סעיף העונשין בצו</u>

קושי נוסף שאני מציעה לתת לו פיתרון הוא, שסעיף העונשין בצו אינו קובע עונש וקנס בגוף הסעיף. מכאן, שחל על סעיף עבירה זה סעיף 92 לצו בדבר הוראות ביטחון, שכותרתו "עונש כללי" הקובע:

"העובר על הוראות צו זה, או אינו מקיים הוראה או חובה שנקבעה בתחיקת ביטחון, צפוי למאסר של חמש שנים או לקנס של חמישים אלף לירות, או לשני העונשים גם יחד, אם לא נקבע במפורש עונש אחר לאותה עבירה"

סעיף זה קוצב קנס שאיננו ריאלי. עידכון קנסות מצוי **בצו בדבר העלאת קנסות שנקבעו בתחיקת הביטחון (יהודה והשומרון) (מספר 845) תש"ם – 1980** בו נקבע לגבי שיעור קנסות, בסעיף 1 לצו כי:

(א) על אף האמור בתחיקת ביטחון, מקום שהוסמך בית משפט צבאי להטיל קנס, רשאי הוא להטיל:

(4) אם קבוע לעבירה עונש מאסר של 5 שנים – קנס עד 1,400,000 ₪.

נראה על כן כי למרות שלא נקבע בסעיף העבירה עצמו העונש, ניתן להיעזר, לכאורה בצווים אחרים להשלמת החסר.

דא עקא שבצו בדבר העלאת קנסות הנ"ל הוסמך **בית משפט צבאי** לעדכן את הקנס, ואילו המלצתי היא כי יש מקום לקבוע בחוק שבית המשפט המוסמך לדון בעבירה לפי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים יהיה בית משפט בישראל. גם אם הצעתי לא תתקבל, קשה לי להניח שהאלטרנטיבה שתבחר בסופו של דבר כבית המשפט בו יועמד לדין עבריין לפי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים יהיה בית משפט צבאי. מכאן – **שתיקון סעיף העבירה הוא חיוני, על מנת שבית**

המשפט שיוסמך לדון בעבירה, יהיה מוסמך לקצוב את העונש שייקבע בצו בדבר מבנים בלתי מורשים עצמו.

אני ממליצה על כן לתקן את סעיף העבירה ולקבוע עונש מאסר משמעותי ובצדו **קנס כספי כבד** על מי שיורשע בהפרת הצו.

11.2.3 פינוי יבילים ששונעו בעבירה לאחר שהוצבו בשטח

<u>מבוא</u>

בפרק קודם עסקתי בשאלת תיקון חקיקה המתחייב לצורך העמדת ישראלים לדין בגין עבירה פלילית של שינוע קרוון שלא בהיתר או בניגוד להיתר.

בפרק זה אדון בתיקון חקיקה צבאית שתכליתו יצירת כלי מינהלי לתפישת יביל ששונע שלא בהיתר או בניגוד לו וזאת **לאחר שהונח כבר על הקרקע**, בין אם חובר כבר לתשתיות ובין אם לאו.

<u>אדון בפרק זה באלה:</u>

א. הצורך בכלי משפטי כמוצע.

ב. הדין החל היום בנדון ומדוע איננו מספק.

ג. עקרונות החקיקה המוצעת על ידי.

ד. תמצית החקיקה המוצעת.

<u>הצורך בכלי משפטי כמוצע</u>

כבר עמדתי על כך שהיבילים / קרוונים מהווים בית על גלגלים. כלי זה הוא חוד החנית בידי המתנחלים להרחבת מאחזים והקמת חדשים והכול תוך פרק זמן קצר של ימים ואף שעות. תופעה זו נמצאת בעיצומה זמן ניכר. רשויות אכיפת החוק לא הצליחו עד כה להפסיקה.
יש ליצור כלי אכיפה יעילים כדי לטפל בה, באופן מיידי וללא סרבול מיותר.

<u>הדין החל היום ומדוע איננו מספק</u>

כפי שביארתי לעיל, שינוע קרוון ללא היתר או שינוע קרוון בניגוד להיתר מהווה עבירה פלילית. מכאן, אדם שייתפס בעת שינוע קרוון כאמור, יבצע עבירה פלילית. אם יתוקן החוק וימצא הפורום הנאות להעמידו לדין – אזי התנהגות זו תוכל להיות מטופלת במסגרת אכיפת החוק על ידי גורמי האכיפה.

מקום שקרוון הגיע לשטח, הונח עליו, ואף חובר, בדרך כלל -מיד- לתשתיות. האם ניתן לתפוס אותו? האם הוא עדיין בגדר "יביל" או שהפך ל"מבנה"? האם ניתן לתפוס אותו ולסלקו מהשטח או שמעת

שהפך למבנה – ניתן לטפל בו אך ורק בדרך בה מטפלים במבנים שניבנו ללא היתר? בנושא זה אדון בפרק זה.

<u>הדרכים המשפטיות לטפל בו לפי החקיקה הקיימת עתה</u>

אם הקרוון נחשב עדיין ל"טובין" – ניתן לכאורה לתפוס אותו מכוח סעיף 80 **לצו בדבר הוראות ביטחון** הקובע:

> "רשאי כל חייל או רשות מוסמכת שנתמנתה לכך לתפוס ולעצור סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות או דברים שיש להם טעם לחשוד שנעברה או שעומדים לעבור לגביהם עבירה על צו זה, או שניתנו כשכר בעד ביצוע עבירה כאמור או כאמצעי לביצועה, או שהשתמשו בהם בעשיית כל עבירה כזאת או לשם הקלת ביצועה או שיש להם טעם להאמין כי הם עשויים לשמש כראיה לכל מעשה עבירה על צו זה".

סעיף 84 לצו מחיל את הוראות סעיף 80 הנ"ל גם על עבירות לפי הדין החל בישראל, ועבירות על הדין החל באזור:

> "הוראות פרק זה וההוראות מכוחו יחולו גם לגבי עבירה על תחיקת הביטחון, לגבי עבירה על דין אחר כלשהו שהוא בתוקף באזור ולגבי מעשה, מחדל או ניסיון שבוצע בישראל או בשטח מוחזק על ידי צה"ל ושהוא בר עונשין מכוח הדין או תחיקת הביטחון החלים במקום בו בוצע".

<u>התפיסה מכוח סעיף זה היא בעייתית, גם בהנחה שהקרוון הוא עדיין בגדר טובין</u>

א. סעיף זה נועד לתפיסת טובין שנעשתה בו עבירה או שיש חשש סביר שעומדת להתבצע בו עבירה. יש להצביע על העבירה שבמסגרתה ניתן לתפוס את הטובין.

מהן העבירות האפשריות במסגרתן ניתן לכאורה לתפוס את היביל?

(1). שינוע קרוון שלא בהיתר או בניגוד להיתר שניתן, לפי **צו מספר 1252 צו בדבר העברת טובין** בצרוף **תקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים).**

(2). הסגת גבול פלילית, עבירה לפי סעיף 447 **לחוק העונשין** – בהנחה שהקרוון הונח או חובר לקרקע שלמחזיק אין זכויות חזקה בה. כמובן שאם למניח היביל טענות מבוססות על זכותו להחזיק בקרקע – אין בסיס לחקירה בעבירה זאת.

(3). עבירה של בניה שלא כדין – שעדיין איננה בגדר עבירה לעצמה בשטחים (ראה פרוט בתחילת פרק זה).

כל אחת מהעבירות שמניתי לעיל היא בעייתית.

לגבי עבירה של שינוע קרוון שלא בהיתר או בניגוד להיתר שניתן, כבר עמדתי על כך שאין פורום מתאים להעמדת נאשם ישראלי לדין על פיה, וזאת לפי החקיקה הקיימת.
הסגת גבול פלילית, רלוונטית רק אם הנחת הקרוון על הקרקע בוצעה בעבירה, כאשר למניח אין זכות חזקה בה. יתר על כן, הוכחת שאלת החזקה כדין היא קשה ובעייתית בשטחים.
עבירה של בניה שלא כדין – איננה עדיין בגדר עבירה פלילית.

ב. כדי שניתן יהיה לתפוס יביל כאמור – יש צורך כי התפיסה תהיה במסגרת של חקירה פלילית של העבירה. לאור הבעייתיות שהצגתי לעיל – אין כמעט חקירות בעבירות אלה. אם ישנן – בסופן לא מוגש כתב אישום.
הסמכות הקבועה בסעיף 80 לצו היא סמכות נלווית לביצועה של חקירה פלילית.

דא עקא שהצגת השימוש בסעיף 80 כמהלך נלווה לטיפול בעבירה פלילית, איננו מדויק במקרים שלעיל. יתכן כמובן לנהל חקירה פלילית בעבירה של שינוע יביל ללא היתר

(עבירה זו היא המתאימה ביותר בנסיבות שבוארו לעיל), אך החקירה היא עקרה בהעדר פורום להעמיד את הנאשם לדין. ניהול חקירה כאשר ידוע מראש שהנאשם לא יועמד לדין – אינה תקינה בעיני.

ג. מעבר לבעייתיות המתוארת לעיל, קמה ועולה שאלה נוספת, והיא האם היביל שהונח כבר על הקרקע, ודאי זה שכבר חובר לתשתיות ואף מאוכלס (באופן מיידי לעיתים קרובות) הוא עדיין בגדר "טובין"? שהרי זה תנאי לנקיטת פעולה לפי סעיף זה.

מתי קרוון הופך מחפץ לבית – זו שאלה של נסיבות. לשאלה זו יש השלכה ברורה על שאלת חובת קבלת היתר בניה ליביל כאמור. אם יביל טעון היתר בניה, כלום ניתן לטעון כי הוא עדיין בגדר "טובין" – קרי, חפץ?

הפסיקה בישראל דנה בשאלות כמו באיזה נסיבות יש לראות במבנה מסוים כמחייב קבלת היתר בניה. המבחן אינו חד; המבחן הוא באיזה מידה היביל מיועד למטרה קבועה או זמנית. אם הוא למטרה קבועה – הוא מחייב היתר בניה. אם הוא זמני- איננו מחייב היתר בניה.
לצורך זה ניתן לעשות שימוש במבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי משולב. המבחן הסובייקטיבי הוא באיזה מידה יש כוונה להקים את המבנה באופן קבוע או זמני. המבחן האובייקטיבי הוא בחינת אינדיקציות חיצוניות המעידות על שאלת קביעותו של המבנה. אך בעיקרו של דבר, זוהי שאלה של שכל ישר (ראה בעניין זה ע"פ 697/85, **גולדשטיין נ' הוועדה המקומית לתכנון** פ"ד מ(4) 57; רע"פ 5086/97, **בן חור נ' עירית תל אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625).

עולה מן המקובץ כי השאלה מתי יביל המונח על הקרקע, מחובר לתשתיות ולעיתים אף מאוכלס, הוא בגדר טובין עדיין או שהפך למבנה טעון היתר בניה – אינה פשוטה ומכל מקום, המבחן להכרעה אינו חד וברור. כמובן שככל שסממני הקבע של מבנה גוברים, כך נוטה הדעה לכך שהיביל טעון היתר בניה.

ד. מעבר לשאלת תחולת סעיף 80 לצו על עניינינו, נשאלת השאלה האם נקיטת פעולה נגד יביל כאמור במסגרת החקירה הפלילית היא הדרך המועדפת והנכונה, או שיש מקום ליצור דרך נוספת, שאינה מותנית בקיומה של חקירה פלילית, לתפיסת קרוון כאמור.

<u>סעיף 80 איננו המסגרת הנורמטיבית ההולמת לתפיסה וסילוק של קרוון שנכנס לשטחים ללא היתר והונח על הקרקע.</u>

בכל הנוגע לשימוש בסעיף 80 לצו לצורך תפיסת קרוונים שהגיעו לאזור ללא היתר או תוך הפרת תנאיו **והונחו על הקרקע** או אף חוברו לתשתיות – נראה כי השימוש בסעיף 80 הוא בעייתי, ואינו נותן תשובה לכל המצבים הרלוונטיים, כמבואר לעיל.

נראה לי על כן כי סעיף 80 לצו בדבר הוראות ביטחון איננו המסגרת הנורמטיבית המתאימה לפעול ביעילות נגד קרוונים שהגיעו לשטח בעבירה, וחוברו בזריזות לקרקע ואף אוכלסו.

על רקע זה אני מציעה לשקול חקיקה צבאית בעניין, כפי שיפורט על ידי להלן.

<u>עקרונות החקיקה המוצעים על ידי</u>

<u>*יצירת מכשיר מינהלי לתפיסה וסילוק קרוונים*</u>

אני סבורה כי יש מקום ליצור מכשיר מינהלי שיאפשר לרשויות לתפוס קרוון שהגיע לאזור בעבירה, ולסלקו ממקומו ובלבד שתפיסתו וסילוקו מהמקום יעשו תוך 3 חודשים מעת שהונח על הקרקע.

הצדקת תפיסתו וסילוקו מהמקום מבוססים על כך שהוא הגיע לאזור בעבירה. ביצוע העבירות בו בעת היותו בגדר חפץ בר ניידות מטביע בו חותם של אי חוקיות נמשך, לפרק זמן קצר וקצוב. בפרק זמן זה, מן הראוי לראותו מבחינה מסוימת כחפץ שטרם הוטבע בו אלמנט הקביעות של "מבנה", גם אם בפועל הפך למבנה לכל דבר ועניין והוא זקוק להיתר בניה. העובדה שהעבריין מחבר אותו חיש מהר לתשתיות ומאכלס את הקרוון בן לילה, כדי ליצור את הרושם שמדובר כאן במגורי קבע, ושלא ניתן לפעול לגביו במסגרת סעיף 80 לצו הקיים אלא בדרך שפועלים נגד בניה בלתי חוקית - מחייב יצירת כלי משפטי מינהלי שיאפשר סילוק הקרוון שהגיע בעבירה לשטח.

פרק הזמן הקצוב והקצר בו תהא רשאית הרשות המוסמכת לפעול לסילוק הקרוון מבוסס על אלה:

פרק זמן של 3 חודשים מעת שהגיע הקרוון לשטח הוא פרק זמן סביר לראות בקרוון גם חפץ, שעקב תכונת הניידות שלו, עדיין לא הוטבעה בו חותמת הקביעות. זוהי הנחה קונסטרוקטיבית, שאין לה קשר הכרחי למוצאות הקרוון הספציפי בשטח. יש להניח זאת לגבי כל קרוון, גם אם חובר לתשתיות ואוכלס בפרק זמן זה. הנחה עקרונית זו מוצדקת נוכח העובדה שהמתנחלים עושים שימוש מסיבי בקרוונים

להקמת המאחזים הבלתי מורשים; שחיבור הקרוונים לתשתיות וגם אכלוסם, נעשה לעיתים קרובות לא כפעולה טבעית ושיגרתית של בניה ואכלוס מבנה, אלא כמכשיר למאבק האידאולוגי של השתלטות על הקרקע.

יש להניח כהנחה קונסטרוקטיבית, כי במשך שלושת החודשים הראשונים להנחת הקרוון על הקרקע, הוא עדיין **גם** בגדר חפץ, גם אם הפך בפועל – למבנה.

שלושת החודשים בהם הוא נחשב לכזה, הוא פרק זמן סביר המתאים גם לציפיות הצדדים. המתנחל, שמאכלס באופן מיידי קרוון שהגיע בעבירה כדי למנוע מהרשויות לסלקו מהמקום- גם צפיותיו הוא צריכות להתאים לסיטואציה, לפיה בשלושת החודשים הראשונים הסמוכים ליום הנחתו של הקרוון על הקרקע – אין כל ביטחון שלא יסולק מהמקום.

מאידך, פרק זמן של שלושה חודשים מאפשר לרשות המוסמכת לאתר את הקרוונים שנכנסו לאזור שלא בהיתר או בניגוד להוראותיו. כפי שכבר ביארתי, מחמת מספר סיבות אין לרשות המוסמכת מידע שוטף זמין ואמין על כל המתרחש בשטחים בזמן אמת. פרק זמן של 3 חודשים מאפשר לה לאתר את אותם קרוונים בהם עסקינן ולפעול כלפיהם לפי הצו המוצע כאן.

<u>יצירת מכשיר מינהלי ללא צורך בנקיטה בהליך פלילי.</u>

הצעתי זאת אינה כורכת את הפעולה שניתן יהיה לנקוט נגד קרוונים כאמור בביצועה של חקירה פלילית. די בכך כי לכאורה נוצר חשד מבוסס לביצועה של עבירה בהעדר היתר לשינוע קרוון או הפרת תנאי מתנאיו, כדי שניתן יהיה לפעול נגד החשוד לפי הצו המוצע כאן.

<u>זכות שימוע והשגה.</u>

קביעה כאמור מחייבת מתן זכות שימוע והשגה לחשוד בביצוע העבירה, וזאת טרם תפיסת הקרוון וסילוקו מהשטח.

<u>ניתן יהיה לפעול נגד קרוון כאמור גם לפי חוק התכנון והבניה, במקביל</u>

הצעה זו אין פירושה כי יש לראות את הקרוון, אם אכן חובר לתשתיות, כמבנה שאינו טעון היתר בניה. להיפך. יתכן כי הוא טעון גם היתר בניה. הדבר הוא תלוי נסיבות.

אינני רואה סתירה בין שתי קביעות אלה. ניתן יהיה לפעול כלפיו מכוח שתי הוראות נורמטיביות, באופן מקביל.

עלולה להישמע טענה לפיה סעיף 38(4) לחוק התכנון והבניה הירדני מונע הפעלת שתי הוראות נורמטיביות כאמור במקביל.

סעיף 38(4) לחוק התכנון והבניה הירדני קובע:

> "הגיש בעל הרישיון או האדם שנשלחה אליו ההתראה תוך התקופה הקבועה בהתראה, בקשה לקבלת רשות-
> א. להשארת הבינוי והבניה והעבודות נשוא ההתראה במצבן ולרישויין;
> תדון הועדה בבקשה המוגשת...ואם תחליט להעניק את ההיתר המבוקש, יבוטל ביצוע ההתראה הנ"ל..."

כשלעצמי אינני סבורה שסעיף זה מונע נקיטת סנקציות נגד הקרון מכוח חיקוק אחר ומעילה אחרת. מי ששינע קרוון לשטחים ללא היתר או פעל בניגוד להיתר שניתן, והציב את הקרוון על הקרקע בלי שהיה בידו היתר בניה כדין, ולדעת ועדת התכנון הצבת הקרוון מחייבת היתר כדין – הרי שלכאורה הפר את החוק בשני מובנים לפחות: עבר עבירה פלילית של שינוע יביל ללא היתר, ופעל בניגוד להוראות חוק התכנון והבניה.

העובדה שחוק התכנון והבניה מאפשר לו לנסות ולהכשיר בדיעבד את הפרת חוק התכנון והבניה, אין פירושו שהוא קיבל חסינות מנקיטת פעולות כלפיו עקב שינוע יביל ללא היתר.

לפיכך היה והרשות המוסמכת תפעל כלפיו לפי הצו המוצע על ידי כאן, ובכך ימנע ממנו השימוש באפשרות שקובע חוק התכנון והבניה הירדני לפי סעיף 38(4) - אזי אין מנוס מתוצאה זו שכן הקרוון שהציב קשור לביצוע עבירה נוספת ואף קודמת לזו של בניה שלא בהיתר וניתן לפעול כלפי העבריין עקב כך.

<u>קביעת זכות תפיסה וחזקה ברכב מנועי שהוביל את הקרוון</u>

יש לקבוע זכות עיכוב רכב מנועי שנתפס מוביל קרוון ללא היתר למשך תקופת ימים קצובה, וקביעת סמכות לנטילת רישיון הרכב. יש לקבוע הוראה כאמור כדי להרתיע בעלי רכב מנועי מלאפשר ביצוע עבירה של שינוע יביל ללא היתר.

מובן כי יש לקבוע גם לגבי סמכות זו חובת שימוע והגשת השגה.

<u>עיקרי הצעתי הם אפוא אלה:</u>

א. התיקונים המוצעים יעשו על ידי תיקון **צו בדבר העברת טובין מספר 1252 התשמ"ח - 1978 ותקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים)**.

ב. מבנה שהוצב באזור כאשר לדעת הממונה (ראה הגדרת ממונה בצו 1252) הוא הגיע לאזור ללא היתר כדין או שלא לפי הוראות היתר שניתן, יהיה הממונה רשאי לתפוס את המבנה ולהעבירו למגרש מיוחד, והכול אם טרם חלפו 3 חודשים מהיום שהקרוון הונח בשטח.

ג. ממונה לא יתפוס קרוון כאמור אלא רק לאחר שנתן זכות השגה לבעליו, דן בהשגה והחליט בה.

ד. נקיטת הליכים לפי צו זה לא תפגע ולא תייתר נקיטת הליכים לפי חוק התכנון והבניה.

ה. רכב מנועי שהוביל קרוון לשטחים ללא היתר או שלא לפי היתר שניתן, ייתפס ויועבר למגרש מיוחד. ניתן יהיה לעכבו עד 20 יום ורישיון הרכב ייתפס לפרק זמן זה. פרק הזמן שרכב מנועי יעוכב ייקבע על ידי הממונה.

ו. ניתן יהיה להגיש השגה על החלטת הממונה. הממונה יהיה חייב במתן החלטה לגבי רכב מנועי תוך 48 שעות מעת שהוגשה לו ההשגה.

ז. במניין ימי שלושת החודשים הנקובים בסעיף ב לעיל לא יילקחו בחשבון תקופות ההשגה ועד מתן ההחלטה לפי סעיפים ג ו- ו לעיל.

ח. הוצאות ההחסנה של רכב מנועי וקרוון שנתפס יחולו על הבעלים של הרכב המנועי והקרוון, לפי העניין.

<u>לסיכום</u>

אני ממליצה כי תנחה את אלוף פיקוד מרכז לחוקק צו ברוח האמור לעיל, לאחר קבלת הערות הפצ"ר והנחיות היועץ המשפטי לממשלה ביחס לחקיקה מוצעת זו.

11.2.4 קביעת בניה ללא היתר כעבירה פלילית בשטחים

<u>מבוא</u>

בניה בלתי חוקית אינה בגדר עבירה פלילית כשלעצמה בשטחים. מצב דברים זה הוא בלתי תקין. תת פרק זה עוסק בסקירת המצב המשפטי הנוכחי והצעה לתיקונו.

<u>סקירת המצב המשפטי בשטחים בנוגע לבניה ללא היתר</u>

אחת הדרכים להתמודד עם בניה בלתי חוקית **בישראל** היא אכיפה פלילית של עבירת הבניה הבלתי חוקית, סעיף 203 לחוק התכנון והבניה.

כאמור, אין זה המצב בשטחים.

החיקוק העיקרי המטפל בתכנון ובניה בשטחים הוא **חוק תכנון ערים כפרים ובניינים מספר 79 לשנת 1966 (חוק התכנון והבניה הירדני)**. חוק זה תוקן ב**צו בדבר תכנון ערים כפרים ובניינים (יהודה ושומרון) (מספר 418) תשל"א – 1971**. חיקוק זה מתייחס לבניה ללא היתר, בסעיף 34 לחוק התכנון, הקובע כי:

"אסור להתחיל בעבודה...שביצועה טעון רשיון... אלא לאחר שיתקבל רשיון עבור העבודה... או הבנוי או השימוש"

סעיף 38 (8) לחוק התכנון קובע עבירה פלילית בהתייחס לבניה ללא היתר וכך נקבע בו:

"קבעה ההתראה כי יש להפסיק מיד את הבינוי או הקמת בניין כלשהו בקרקע כלשהי או אם קבעה שיש לנקוט בצעדים בכל הנוגע לשימוש או לאי שימוש בקרקע כלשהי או בכל הנוגע לביצוע פעולה אחרת בקשר אליה או שביצועה הותר – תימסר ההתראה לבעל הקרקע העוסק בבינוי הקרקע או אל מנהל העבודה. הופר האמור בהתראה, ייחשב כל אחד מהם כעובר עבירה ויוטל עליו עונש...".

בית המשפט העליון נדרש לשאלת פרשנות שתי הוראות אלה שבחוק התכנון והבניה הירדני, עת הועמד ישראלי לדין בגין עבירה לפי סעיף 34 לחוק התכנון האמור, ובאי ציות להתראה לפי סעיף 38(8) לחוק התכנון. הטענה שעמדה בפני בית המשפט העליון בהקשר זה היתה כי סעיף 34 כשלעצמו אינו יוצר עבירה פלילית. בית המשפט העליון קיבל את הטענה וקבע:

"האחריות הפלילית על-פי חוק תכנון ערים אינה מתגבשת עם ביצוע העבודה ללא ההיתר. ביצוע עבודה ללא היתר הוא תנאי חיוני - אך לא בלעדי - להשתכללות האחריות הפלילית. תנאי נוסף הוא מתן התראה למפירים והפרת הוראת ההתראה. אכן, לפנינו מגוון של פעולות מינהל אשר רק בסופן מתגבשת האחריות הפלילית. **<u>ביצוע עבודה ללא היתר, כשלעצמה, אינה משכללת אחריות פלילית".</u>**

(ראה בג"צ 4204/91, **מקמילן יעקב נ' הוועדה המקומית לתכנון**, פ"ד מו(4), 597, עמ' 599-600, כב' הנשיא ברק).(ההדגשה שלי – ט.ש)

התוצאה המשפטית לאור פסק דין זה היתה כי רק בניה ללא היתר לגביה הוצא צו הפסקת עבודה, וזה לא בוצע – מהווה עבירה פלילית בשטחים. בניה ללא היתר כשלעצמה – אינה מהווה עבירה פלילית.

המצב המשפטי האמור העמיד את מכשיר אכיפת החוק הישיר לגבי בניה בלתי חוקית בשטחים, כמכשיר בלתי יעיל. הצורך בהוכחת מתן התראה למפרים, והוכחת הפרת ההתראה, התברר כמשימה קשה ביותר ולמעשה בלתי ישימה בפועל.

העדר בית משפט מתאים לטיפול בנושא

אפשרות העמדתם לדין של ישראלים בבית דין צבאי בשטחים בעבירות "אזרחיות" נשללה על ידי המחוקק. כך נקבע על ידי בית המשפט העליון בבואו לפרש את הוראת החוק הרלוונטית לעניין (סעיף 2 (א) לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה שומרון וחבל עזה- שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשל"ח – 1977, וכך קבע:

> המחוקק ביקש למנוע מצב דברים על-פיו יועמד ישראלי לדין באזור - בגין פעולות פליליות "אזרחיות" - לפני בתי הדין הצבאיים, אשר מטבע הדברים נועדו לשפוט עבירות בעלות רקע ביטחוני. לשם כך ביקש המחוקק להעניק סמכות ישראלית, אשר תבוא תחת הסמכות המקומית. מטרה זו צוינה בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון תקנות-שעת-חירום (השטחים המוחזקים על-ידי צבא-הגנה לישראל - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשל"ה-1974, אשר באה להרחיב את הסמכות הישראלית על ישראלים שהם תושבי האזור"

(ראה ע"פ 163/82, **משה דוד נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(1), 622 ,עמ' 642-643, כב' הנשיא ברק).

העדר תובעים מתאימים לטיפול בעבירות אלה

לכאורה, **אילו** היתה עבירת בניה ללא היתר בגדר עבירה פלילית בשטחים, ניתן היה להעמיד לדין עבריינים בבית משפט בישראל. אולם התובעים שהיו אמורים לטפל בדבר הם תובעים משטרתיים, שטוענים זה שנים כי זוהי עבירה פלילית מסוג מיוחד, העוסקת במטריה משפטית ייחודית, ונדונה בישראל בבתי משפט מקומיים על ידי תובעים מיוחדים שהוסמכו לכך בידי היועץ המשפטי לממשלה; התובעים המשטרתיים אינם בקיאים במטריה משפטית זו וממילא אינם עומדים בעומס המוטל עליהם בנוגע לאכיפה פלילית "רגילה".

ניתן לסכם ולומר בנושא העמדת ישראלים לדין בעבירת בניה לא חוקית בשטחים, כי יש קושי משפטי ממשי המתבטא בהעדר דין מהותי מתאים; העדר פורום נאות לדיון; והעדר תובעים שיטפלו בעבריינות זו.

התוצאה מהאמור לעיל היא כי מאז שנות התשעים המוקדמות (מאז פרשת מקמילן הנ"ל) אין כל אכיפה בעבירה זאת בשטחים, והנושא פרוץ לכל רוח.

אציין כי בעבר נעשו ניסיונות לקדם חקיקה בעניין, אך ניסיונות אלה, שבאו מהיועץ המשפטי ליהודה ושומרון דאז, אל"מ פוליטיס, אליהם הצטרפה פרקליטות המדינה – לא נחלו הצלחה, ונחסמו על ידי מתאם הפעולות בשטחים דאז, וראש המנהל האזרחי דאז, בטענה שאין זו התקופה המתאימה לחקיקה בנושא נוכח "רגישות התקופה", בה מתחולל טרור פלסטיני. כשלעצמי טיעון זה לא היה מקובל עלי בעבר, ואינו משכנע אותי גם היום. אך בפועל דבר לא נעשה.

ממש בימים אלה נעשה ניסיון נוסף להביא לשנוי חקיקה בנושא, בניהולו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מר מייק בלס, ובגיבויו של היועץ המשפטי לממשלה. החקיקה הנדרשת הינה עדיין בתהליך התהוות, ושותפים לה גורמי צה"ל הרלוונטים.

<u>הצעה לתיקון חוק התכנון והבניה הירדני</u>

כאמור, משרד המשפטים עוסק בימים אלה בגיבוש הצעה לתיקון חוק התכנון והבניה הירדני. עיקרי ההצעה הם אלה:

א. **<u>כינון צו בדבר עבירה</u>**

המפקד הצבאי יוציא צו בו ייקבעו כעבירות בחוק התכנון והבניה הירדני, מקרים בהם בנה אדם ללא היתר כלל או מקרים בהם בנה אדם בחריגה מהיתר שניתן לו.

אציין כי הסנקציה הפלילית המוצעת תתייחס לשימוש שנעשה בקרקע בלא שהתקבל לכך רישיון כנדרש. קביעה כאמור תאפשר העמדה לדין גם בנסיבות בהן בנייתו של המבנה הושלמה זה מכבר. קביעת סנקציה פלילית כאמור נשענת על הקביעה כי שימוש בקרקע שלא בהיתר הינה עבירה נמשכת, בעוד שעבירת הבניה שלא בהיתר הושלמה מעת שהסתיימה הבניה.

ב. **<u>קביעת סנקציה עונשית</u>**

תקבע סנקציה עונשית לגבי בניה ללא היתר, וסנקציה עונשית לגבי בניה בחריגה מהיתר שניתן. סוג הסנקציה תותאם לסוג המקרה לפי שתי הקטגוריות שהוצעו לעיל.

ג. **<u>התאמה לדין הישראלי של תכנון ובניה</u>**

ההגדרות בצו, מבנה הצו והסמכויות שייקבעו בו, יהיו תואמים ככל הניתן לדין הישראלי החל בעבירות דומות, כדי ליצור קוהרנטיות בין החוקים, וכדי למנוע פרשנות מוטעית לגבי ההוראות שייקבעו בצו.

ד. **<u>נקיטה בהליכי אכיפה מקבילים, מנהליים ופליליים</u>**

הצו החדש יאפשר נקיטה בהליכי אכיפה מקבילים: הליך מנהלי של הוצאת צווי הריסה, והליך השיפוטי – פלילי שיאפשר העמדה לדין וענישה.

ה. **<u>קביעת בית המשפט המוסמך</u>**

בכל הנוגע לבית המשפט המוסמך, הוצע כלהלן:

(1). פלסטיני שעבר עבירה כאמור יידון בבית משפט צבאי.

(2). עבריין בניה ישראלי:

(א). בנה בשטח מוניציפאלי של מועצה אזורית או מקומית יובא בפני בית משפט לעניינים מקומיים הפועל בהתאם לתקנון, ובהנחה כי העבריין עונה על הגדרת מתיישב.

(ב). בנה מחוץ לשטח המוניציפאלי של מועצה אזורית או מקומית, או שאינו עונה להגדרת מתיישב – יובא לדין בבית משפט בישראל.

ו. **<u>תובעים לטיפול בסוג התיקים הרלוונטים</u>**

לצורך הטיפול בעבירות החדשות ימונו תובעים מיוחדים מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה. היועץ ימנה תובעים לבתי המשפט המקומיים בתוקף סמכותו לפי סעיף 132 לתקנון המועצות המקומיות באיו"ש; לגבי בתי משפט בישראל – בתוקף סמכותו לפי סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי.
התובעים, 3 במספר, יועסקו על ידי מערכת הביטחון – המינהל האזרחי. יש להקצות תקציב לצורך כך.
היועץ המשפטי לממשלה יקבע גורם מקצועי מנחה לתובעים המיוחדים.

ז. **<u>פקחים על בניה בלתי חוקית</u>**

המנהל האזרחי יקבע נוהל הדרכת פקחי יחידת הפיקוח לצורך הפיקוח על הבניה הבלתי חוקית לצורך אכיפת צו זה. הנוהל ינחה את הפקחים לפקח בתוך התחום המוניציפאלי
של היישובים ומחוצה להם. אני מציעה כי יחידת הפיקוח תפקח בכל מקום בו לא ניתן לקבל היתר בניה מכוח תוכנית מפורטת; כן תפקח על בניה בניגוד לייעודי הקרקע בתכנית.

ח. **<u>תחולת הצו</u>**

הצו החדש יחול על בניה שנעשתה לאחר הוצאתו;

הצו החדש יחול על בניה שקדמה להוצאתו רק במידה שהוצא צו הפסקת עבודה או צו הריסה למבנה, בין אם צווים אלה הוצאו לפני או אחרי כניסתו של צו זה לתוקף.

ט. **תחילת תוקף**

הצו יכנס לתוקף תוך 3 חודשים מעת פרסומו;

הצעת חקיקה זו נראית לי.

המלצתי לגבי עצם החקיקה המוצעת

מצב הדברים של העדר אכיפה פלילית של עבריינות בניה הוא בלתי תקין על פניו, ונדמה לי שאין צורך להכביר מלים בעניין.

אני סבורה כי יש לקדם הצעת חקיקה זו, וככל המוקדם כן ייטב.

11.2.5תיקון צו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (מספר 1445)

מבוא

תיקון **צו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (מספר 1445)** (להלן: "**צו אישור הליכי בניה**") – צו שנתן תוקף לפי תחיקת הביטחון להחלטת הממשלה 150 משנת 1996.

תכליתו של תיקון מוצע זה הוא לחסום פרצות הקיימות בתחיקת הביטחון הנ"ל במובן זה שבהתקיים נסיבות מסוימות - ניתן לעקוף את הוראות החלטת ממשלה 150, בניגוד לכוונתה.

תכלית החלטה 150 משנת 1996, והאפשרות לעוקפה לפי צו הליכי אישור ובניה בנוסחו הנוכחי

צו אישור הליכי בניה הוצא לאחר החלטת הממשלה 150, משנת 1996, במטרה לתת לה תוקף משפטי בתחיקת הביטחון. תכלית הצו היא אם כן, להטמיע בתהליכי אישור תוכנית את הצורך באישור הדרג המדיני, במספר שלבים משלבי התכנון: הרשאה לתכנון; דיון בתוכנית, ואישור למתן תוקף, אלה השלבים בהם נדרש אישור שר הביטחון.

אך עיון מדוקדק בלשון הצו מראה כי הוראות הצו "צרות" יותר מהיקף פריסת החלטה 150. כפי שאראה להלן, נראה כי ישראלי שרכש קרקע פרטית ורשמה כדין על שמו, אך הקרקע **אינה** מצויה בתחום מועצה מקומית או אזורית, רשאי לבקש לתת תוקף לתוכנית **ללא האישור הנדרש של שר הביטחון בשלבי אישור תכנית**. זוהי פירצה בצו שיש לתקנה.

נבאר את הדברים:

בצו מספר 1445 הנ"ל, הוגדרה תוכנית כלהלן:

> "תכנית" – תכנית תכנון כמשמעותה בחוק, המתייחסת כולה או מקצתה לשטח הכלול או המיועד להיות להיכלל בתחומי מועצה אזורית או מועצה מקומית"

יוצא **שתוכנית, שחלות עליה ההגבלות המנויות בצו הינה רק זו החלה בתחומי מועצה אזורית או מקומית.** מכאן, שתוכנית שחלה בתחום **שמחוץ לאזורים** אלה, אינה כלולה בסוג התוכניות שהצו האמור חל עליהן.

מאחר שישראלים רשאים לרכוש קרקעות בשטחים מפלסטינים, יתכן כי ישראלי ירכוש קרקע שאינה מצויה בתחום מועצה אזורית או מקומית. להיפך - קרוב לוודאי כי הקרקע שירכוש ישראלי מפלסטיני בשטחים לא תהיה כלולה בתחום מועצה אזורית או מקומית שכן תחום השיפוט שלהן חל בדרך כלל באדמות מדינה. מכל מקום – כפי שראינו **בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות, (צו מס. 783)** – קרקע פרטית פלסטינית אינה בתחום השיפוט של מועצה אזורית.

עולה מהמקובץ כי ישראלי שיחפוץ לתכנן תוכנית על קרקע פרטית שרכש כדין, והיא אינה כלולה בשטח המיועד להיכלל בתחומי מועצה אזורית או מועצה מקומית אינו "נתפס" בחובת אישור דרג מדיני לתוכנית שיגיש לועדת התכנון.

פירצה זו בצו יש לתקן.

אני מציעה על כן להורות למפקד האזור להרחיב את הגדרת השטח לגביו מתייחס הצו על ידי הוספת הסיפא להגדרת התוכנית בצו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה מספר 1445 ולקבוע כי:

> **"תכנית" – תכנית תכנון כמשמעותה בחוק, המתייחסת כולה או מקצתה לשטח הכלול או המיועד להיות להיכלל בתחומי מועצה אזורית או מועצה מקומית, וכן המתייחסת לשטח שבבעלות ישראלי אף אם אינו כלול או מיועד להיות כלול בתחומי מועצה אזורית או מועצה מקומית".**

11.2.6 תיקון צו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) (יהודה ושומרון) מספר 1472

<u>מבוא</u>

להקמת מאחז יש צורך בקרקע. חלק מהמאחזים הוקמו על קרקעות שהוקצו לתושבי המאחז על ידי ההסתדרות הציונית. אך לא תמיד הוקמו מאחזים בקרקעות מוקצות. לעיתים נתפסות קרקעות שלא כדין. חלק מועט מהקרקעות הללו הן אדמות מדינה, זאת מאחר שרוב אדמות המדינה הוקצו לגופים מיישבים, בראשם ההסתדרות הציונית. לפיכך ברוב המקרים בהם נתפסו שלא כדין קרקעות בידי מתנחלים להקמת מאחז, נעשתה התפיסה באדמות סקר או קרקעות פרטיות של פלסטינים.

תפיסת קרקעות פרטיות וקרקעות סקר יכולה להיות גם שלא לצורך הקמת המאחז עצמו. לעיתים נתפסות קרקעות בידי ישראלים, למטרות חזקה ועיבוד. לעיתים הקרקעות הללו סמוכות למאחז ולעיתים מרוחקות ממנו.

תכלית זו של תפיסת חזקה בקרקע מושגת על ידי עיבוד הקרקע, נטיעה, זריעה, רעייה, ישיבה פיזית בקרקע, גידור, מניעת גישה, סלילת דרכים, הצבת עמודי תאורה הצבת מבנים, השתלטות על מערות, ובדרכים אחרות.

כאשר נתפסות קרקעות פרטיות של פלסטינים על ידי מתנחלים, מתברר כי ההגנות המשפטיות העומדות להם אינן אפקטיביות.

הצעת חקיקה זו עוסקת בהגנה על המקרקעין הפרטיים של פלסטינים מפני פלישה שלא כדין אליהם.

אסקור להלן את אלה:
המצב המשפטי הנוכחי
אציין את הקשיים שהוא מעורר
אעמוד על עיקרי ההצעה המוצעת כאן

כבר בראשית הדברים אציין כי בעניין מושא הצעה זו קיימת טיוטת הצעה לתיקון הצו הנ"ל, שהוכנה על ידי הלשכה המשפטית של היועץ המשפטי של יהודה ושומרון. למיטב ידיעתי ההצעה טרם עברה את אישור כל הדרגים המתחייבים בצה"ל, וטרם נבחנה על ידי היועץ המשפטי לממשלה.
עיקרי ההצעה נראים לי, בצד שנויים מסוימים, ועמדתי זו שתפורט להלן נשענת על העבודה המשפטית שנעשתה בעניין.

המצב המשפטי הנוכחי ומדוע איננו מספק

מהי ההגנה המשפטית על המקרקעין הפרטיים של פלסטינים מכוח הדין הקיים?
ההגנה על החזקה והקניין הפרטיים בקרקע אמורה להינתן במישור האזרחי, במישור הפלילי, ובמישור המנהלי. נבחן כל אחד מהאספקטים הללו בכל הנוגע להגנת המקרקעין הפרטיים של פלסטינים באזור.

הגנה מכוח הדין האזרחי

משנעשתה פלישה שלא כדין למקרקעי הפרט, הרי "דרך המלך" להגנת הקניין הפרטי היא לכאורה, פניה דחופה לבית משפט אזרחי בתביעה לסילוק יד. מיהו בית המשפט המוסמך אליו ניתן לפנות כאשר המחזיק הוא פלסטיני והפולש הוא ישראלי?

בבית משפט מקומי אין המחזיק יכול לתבוע את הפולש הישראלי, שכן לבית משפט מקומי אין סמכות לדון בעניינו של ישראלי.

בהעדר בית משפט אחר – נעשו כבר פניות לבתי משפט אזרחיים בישראל, שחלקם הסכימו לדון בתביעות לגופן (ראה למשל ע"א 4726/01 **ג.א.ל. בע"מ נגד הימנותא** בע"מ פ"ד נז(5) 617, 621). אך בדרך כלל, אין פניות כאמור. ניתן למנות מספר נימוקים לכך, ביניהם חוסר אמון בבתי המשפט בישראל, קשיי תעבורה, קושי במימון ההליך המשפטי ועוד.

נראה על כן כי דרך זו של הגשת תביעה אזרחית, שהיא לכאורה דרך העניינים הרגילה להגנה על הקניין הפרטי, אינה נותנת תשובה אפקטיבית נוכח האפשרויות המשפטיות הנתונות.

יש לציין כי דווקא בשטח איו"ש, הימנעות מנקיטת הליכים אזרחיים בנוגע לשאלת החזקה בקרקע, הינה בעלת השלכה מרחיקת לכת. זאת נוכח **דיני ההתיישנות** החלים באזור בכל הנוגע למקרקעין.

סעיף **20 לחוק הקרקעות העותומני** המתייחס למקרקעי מירי רשומים, קובע תקופת התיישנות דיונית בת 10 שנים לטובת מחזיק בקרקע כבעלים, באופן המנוגד לזכות הבעלים הרשום. מרוץ ההתיישנות נפסק רק עם הגשת תביעה לבית משפט מוסמך. הימנעות מנקיטת הליך משפטי עלול להביא לרכישת בעלות בקרקע, על ידי הפולש.

בנוסף, סעיף **78 לחוק הקרקעות העותומני** קובע כי מי שמחזיק מקרקעי מירי או הקדש משך 10 שנים ללא ערעור עשוי לרכוש זכות בעלות.

הנה כי כן, הימנעות מפניה לבית משפט עלולה להיות בעלת השלכות הרות גורל על **זכות הבעלות בקרקע.**

<u>הגנה מכוח הדין הפלילי</u>

כפי שהצגתי בפרק אכיפת החוק, לא ניתנת הגנה של ממש על הקניין הפרטי מכוח הדין הפלילי. יש לדבר סיבות רבות, חלקן נעוץ במורכבות הדין המקומי, בצורך לקבל חוות דעת מיחידת הפיקוח של המינהל האזרחי, בקושי להשיג ראיות במיוחד לגבי המחזיק בקרקע ואחרות. וכן – מתברר כי הפלסטינים אינם מרבים להתלונן במשטרה, קרוב לוודאי שמאותן סיבות שציינתי בקשר להימנעות מפנייה לבתי משפט ישראלים. תוצאת כל אלה היא מיעוט הליכים פלילים ביחס לפלישה שלא כדין לקרקעות פרטיות של פלסטינים.

ניתן לסכם ולומר כי האכיפה הפלילית בשטחים אינה נותנת הגנה אפקטיבית לזכות הבעלות והחזקה במקרקעין של פלסטינים.

הגנה מכוח המשפט המינהלי

הגנה אפשרית במקרה כאמור לעיל אמורה להינתן מכוח **הצו בדבר מקרקעין (סילוק פולשים) (1472).**

צו זה קובע כלהלן:

> **2. הגנת החזקה**
> (א) בעל מקרקעין ומי שזכאי להחזיק בהם כדין זכאי לדרוש מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין.
> (ב) המחזיק במקרקעין כדין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת.
>
> **3. סילוק פלישה**
> תפס אדם מקרקעין שלא כדין, רשאי המחזיק בהם כדין, להוציאו מן המקרקעין ולסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה לשימוש בהם, תוך שלושים ימים מיום התפיסה. לשם כך יהיה רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה"

צו זה אמור ליתן הגנה למחזיק כדין במקרקעין מפני פולש. דא עקא שהקושי להוכיח חזקה כדין, במיוחד על רקע העובדה ש – 70% מהקרקעות בשטחים לא עברו הסדר מקרקעין והן אינן רשומות, הופכת את אפשרות ההוכחה לבלתי ריאלית.

הצו קובע מנגנון עשית דין עצמי. אפשרות זו תקפה למשך 30 יום בלבד מיום הפלישה שלא כדין למקרקעין; עשיית הדין העצמי מותנית באישור המשטרה וצה"ל (לפי סעיף 4 לצו).

למעשה הגנות אלה נותרות כאות מתה בתחיקת הביטחון. לא ניתנת מכוחן הגנה למקרקעי הפלסטינים מפני פלישות של מתנחלים, וזאת מכמה טעמים.

ראשית – תרופת עשיית דין עצמי לפי סעיף 3 לצו, מותנית בפעולה להוצאת התופס שלא כדין תוך 30 יום מיום הפלישה.
אך לעתים קרובות המחזיק כלל אינו יודע שנעשתה פלישה לקרקעותיו. גם אם נודע לו על הפלישה, הוא יתקשה להוכיח את יום הפלישה כדי להוכיח שהוא עומד במכסת 30 הימים שקוצב הסעיף. מעבר לכל זאת, יש להספיק ולהגיש תלונה למשטרה בתוך פרק הזמן הקצוב כאמור. מתברר כי הפלסטינים אינם מזדרזים להתלונן, וזה בלשון המעטה. ואף אם חפץ פלוני להתלונן, אזי מחמת קשיי התנועה לא תמיד יוכל להגיע מבעוד מועד.
מעבר לכל אלה, מוטלת עליו חובה להצטייד באישור משטרת ישראל לפינוי ובאישור המפקד הצבאי.
דרישות אלה אינן ניתנות למימוש מעשי בדרך כלל.

התוצאה היא שלפלסטיני המחזיק כדין בקרקע וסובל מפלישה אליהן שלא כדין, הגנות משפטיות "על הניר" בלבד, אך לא בפועל.

בית המשפט העליון נדרש לאחרונה לצו בדבר סילוק פולשים הקיים, וקבע לגביו שהוא איננו ישים, ואיננו נותן תשובה מספיקה נוכח תופעת המאחזים הבלתי מורשים וההשתלטות על הקרקעות בשטחים.
עוד קבע בית המשפט העליון כי:
"...מתחייב איפוא הסדר חקיקתי ישיר וכללי אשר יסמיך את המפקד הצבאי לפעול לצורך מניעת השתלטות בלתי מורשית על שטחי קרקע באזור" (בג"צ 548/04 **אמנה נגד מפקד כוחות צה"ל באזור**, כב' השופטת פרוקצ'ה, סעיף 3 לפסק הדין)

עולה מהמקובץ כי אין הגנה אפקטיבית לקרקעות פרטיות של פלסטינים מפני פלישה של ישראלים שלא כדין לקרקע, לא מכוח הדין האזרחי, ולא מכוח הדין הפלילי או המנהלי.

<u>חובת מפקד האזור לדאוג לביטחון, לסדר, ולהגנת רכוש הפרט</u>

החובה הראשונה של מפקד האזור היא לדאוג לסדר ולביטחון באזור.

פלישה לקרקעות הזולת שלא כדין נושאת בכנפיה הרס ואלימות, בנוסף לעוול ולפגיעה בזכויות. השתלטות בכוח על קרקעות כבר הביאה לפרצי אלימות ושפיכות דמים. פוטנציאל הסכסוך עקב מעשים כאלה, אינו טמון אך ורק בעימות בין המחזיק לפולש. יש אפשרות ממשית לגלישה

לעימות אלים בין קבוצות ומגזרי אוכלוסיה שונים על רקע המאבק בין שני העמים על שליטה בקרקעות באיו"ש.

מכאן שחובת שמירת הסדר והביטחון מצמיחה גם חובה להגן על מקרקעי הפרט.

חובת מפקד האזור מתפרסת גם על הגנת זכויות היסוד האלמנטאריות של האוכלוסייה האזרחית באיו"ש. זכות הקניין היא זכות יסוד. בישראל עצמה היא זוכה להגנה כזכות חוקתית על חוקית.

הגנה על זכות הקניין של הפרט בשטחי איו"ש, רובצת על כתפי מפקד האזור גם מכוח המשפט הבינלאומי.

אם הכלים המשפטיים הנוכחיים אינם מקנים הגנה משפטית ראויה ומספקת לזכות הקניין של הפלסטינים בכל הנוגע לקרקעותיהם הפרטיות – והם אינם מקנים, אזי מחובתו של מפקד האזור ליצור את הכלים הנחוצים הללו, כפי שקבע בג"צ בפרשת **אמנה** הנ"ל.

<u>עקרונות החקיקה המוצעת</u>

החקיקה המוצעת להלן, הינה פרי עבודה שנעשתה בלשכת היועץ המשפטי ליהודה ושומרון. בעיקרון ההצעה נראית לי, אך היית מציעה לעשות בה מספר שינויים. אציג להלן את עקרונות ההצעה.

<u>הרציונאל העומד ביסוד ההצעה</u>

הבסיס להצעה היא התפיסה כי פגיעה בזכות הקניין של פלסטינים הינה בעלת פוטנציאל של פגיעה בסדר ובביטחון באזור. מכאן שיש אינטרס ישראל ביטחוני למנוע פגיעה כאמור שלא כדין.

<u>יצירת מנגנון מינהלי לטיפול בסכסוכי קרקע בין ישראלים לבין פלסטינים</u>

המנגנון המוצע אינו מותנה יותר בהגשת תלונה על ידי הפלסטיני למינהל האזרחי. הממונה לפי הצו המוצע יהיה רשאי להתערב במקרה בו נעשתה פלישה למקרקעי הזולת ללא כל תלונה. בכך יש משום חידוש ראוי, שכן כאמור, הפלסטינים אינם מרבים להגיש תלונות בגין מעשים כאמור.

הרציונאל עליו מבוסס הצו המוצע הוא כי במעשי הפלישה של ישראלים לקרקעות פלסטינים יש משום פוטנציאל גבוה לפגיעה בסדר ובביטחון. לפיכך יש כאן **אינטרס ישראלי** ממשלי להתערב במקרים אלה ולמנוע אותם.

האינטרס הישראלי מבוסס על שיקולי ביטחון, אך הוא נשען גם על חובת מפקד האזור לשמור על זכויות היסוד של האוכלוסייה הפלסטינית שבתחום סמכותו ושליטתו.

מכאן סמכות הממונה כמוצע בצו, לפנות ביוזמתו לישראלי המחזיק בקרקע אם הממונה סבור כי יש בהחזקת הקרקע משום סכנה לביטחון האזור או הסדר הציבורי.

על הפולש מוטל הנטל להוכיח את זכותו בקרקע

עד כה הטוען כי נעשתה פלישה למקרקעיו היה חייב להוכיח את זכותו בקרקע. עתה מוצע **להפוך את הנטל**, ולהטילו על שכם הישראלי המחזיק בקרקע לגביה נטען כי הוא מחזיק בה שלא כדין. לעקרון זה מספר טעמים:

החזקה בקרקע על ידי ישראלי באזור איו"ש אינה מובנת מאליה. לכאורה יכול ישראלי להחזיק בקרקע רק אם יש לו רשות לכך – בין רשות מחמת שהקרקע הוקצתה לו על ידי גוף מיישב; בין אם רכש את הקרקע – ולכך עליו לקבל אישור המינהל האזרחי וכן עליו להיות בעליה הרשום של הקרקע;
מאידך, מאחר שרוב הקרקעות בשטחים לא עברו הסדר מקרקעין, יש קושי לפלסטינים להוכיח את בעלותם בה. בפועל, רוב הפלסטינים מחזיקים בקרקעות כאשר הקרקע אינה רשומה על שמם.
נוכח ריבוי מעשי הפלישה לקרקעות של פלסטינים, וכן – נוכח העובדה שאכיפת החוק במובן זה היא חלשה, ונוכח העובדה שישראלי נזקק לרשות כדי לרכוש קרקע או זכות חזקה בה בשטחים, **יש מקום לכאורה להפוך את הנטל ולחייב את הישראלי להוכיח את הזכות להחזיק בקרקע.**

מנגנון בירור הזכות – הליך מעין משפטי

מוצע כי הממונה יפנה למחזיק ויקצוב לו פרק זמן להוכחת זכותו לחזקה בקרקע. המחזיק יוכל להציג ראיותיו. היה ויחליט הממונה נגד המחזיק – יהיה רשאי המחזיק להגיש ערר לועדת עררים. היה ותדחה ועדת העררים את הערר – יהיה על המחזיק לפנות את הקרקע תוך פרק זמן קצוב. לא יעשה כן – יהיה הממונה רשאי לעשות כן על ידי המינהל האזרחי.

רצ"ב הצעת לשכת היועץ המשפטי ליהודה ושומרון כמנוסח בצו הרצ"ב.

חוות דעתי

בעיקרון אני מסכימה עם עיקרי ההצעה, אך אני מסתייגת מהסייג שנקבע בהצעה לפיו "הממונה לא יפעיל את סמכותו לפי סעיף קטן (ב) אם התברר לו כי תחילתו של המעשה המפריע לפני למעלה מחמש שנים".

אני סבורה כי יש לקצר את משך התקופה בה ניתן לפעול לפי צו זה לגבי תפיסת קרקעות שנעשתה בעבר למשך שנה ולא למעלה מכך. נימוקי לכך הם כי מדובר כאן בהליך מינהלי המחליף הליך שיפוטי אזרחי מסודר שהיה צריך להתקיים בדרך העניינים הרגילה. הפתרון המנהלי ניתן מחמת העדר בית משפט מוסמך וזמין ובמיוחד נוכח הסיכון הביטחוני הנובע מתפיסת קרקעות שלא כדין באזור טעון זה. אם חלפה כבר למעלה משנה ממועד התפיסה – נראה לי כי הטעם הביטחוני העומד ביסוד התרופה המנהלית כבר פג במקצת. לא טבוע במעשה נושן של תפיסת קרקע, אותו סיכון חמור לביטחון כמו בעת הסמוכה לתפיסה שלא כדין. ניתן להצדיק פתרון מנהלי להחזרת החזקה בקרקע כל עוד מדובר בתפיסה "טריה " יחסית. כחלוף שנה בה לא נעשה דבר – נראה לי כי אין להסתפק עוד במנגנון מנהלי להשבת זכויות במקרקעין.

עוד אוסיף כי במסגרת חוות דעתי זאת אינני מתייחסת לניסוח כזה או אחר של הצו המוצע, אלא התייחסותי מכוונת בעיקרה להצגת הבעיה והקושי, והתווית דרך עקרונית לפתרונה. בחינת הצו המוצע לפרטיו מן הראו שתעשה על ידי הפרקליט הצבאי הראשי, ענף הדין הבינלאומי, לשכת היועץ המשפטי ליהודה ושומרון, ולאחר מכן על ידי היועץ המשפטי לממשלה כמקובל במקרים מסוג זה.

פרק שנים עשר

המלצות

12.1 המלצות ארגוניות 12.2 שינוי החלטות ממשלה קיימות וקבלת החלטות ממשלה חדשות
12.3 מתן הוראות מנהליות לרשויות המדינה בקשר להקמת מאחזים בלתי מורשים 12.4 הצעות חקיקה בכנסת 12.5 רפורמה בתחיקת הביטחון 12.6 המלצות ליועץ המשפטי לממשלה

<u>מבוא</u>

במהלך כתיבת חוות הדעת הגעתי למסקנה כי יש לשלב בתוך פרקי הדו"ח עצמו המלצות המתחייבות מאותו עניין בו עסק פרק מסוים. אין הדבר מייתר פרק המלצות, שיכלול שוב, למען הנוחות, את אותן המלצות ששולבו כאמור לעיל, ויוסיף עליהן המלצות שטרם העליתי עד כה. בצד ההמלצות שטרם נכתבו על ידי לעיל, אוסיף הסבר מדוע אני ממליצה בפניך כאמור.

נפרט להלן את ההמלצות השונות.

12.1 המלצות ארגוניות

12.1.1הקמת מנהלת מתאמת ומנחה בנוגע למאחזים

אחד הקשיים הצפים ועולים מדו"ח זה, בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים בשטחי איו"ש הוא העדר יד אחת מנחה ומתאמת בין הגורמים השונים להם מסורות הסמכויות בכל הנוגע למאחזים הבלתי מורשים. הכשל המערכתי בנושא המאחזים הבלתי מורשים, נעוץ בחלקו, בעובדה שלגורמים רבים הוענקו סמכויות. הגדרת הסמכויות וגבולות הסמכות אינם ברורים; גופים שונים מטפלים באותו עניין ללא תיאום הולם; נתונים עובדתיים רלוונטיים אינם נגישים באשר הם מצויים בידי המינהל האזרחי בלבד, באופן שאינו מאורגן ושיטתי. למעשה נתונים אלה אינם מצויים בידם של הגופים המוסמכים שאמורים לבחון את הנתונים ולהחליט בנוגע אליהם; אין קשר ראוי בין הזרוע המבצעת לזרוע המדינית, ואין הנחיה ברורה של גוף אחד בעל סמכות.

תמונה קשה זו מחייבת נקיטת פעולות, ובין השאר אלה:

מתחייבת הקמת גוף מרכזי שינחה את יתר הגופים, יתאם ביניהם, ויאשר פעולות מסוימות על ידם. בידי גוף זה צריכה להיות מרוכזת מלוא האינפורמציה בדבר נתוני הבניה הישראלית באיו"ש כולל תצלומי אוויר מעודכנים, מידע מלא על תוכניות מאושרות ולא מאושרות, הזכויות בקרקעות, מידע על ההתחייבויות שנעשו לגבי הקרקעות שהוקצו, ועוד.
הגוף המנחה והמתאם צריך שיהיה כפוף לראש הממשלה, ומתואם עם שר הביטחון.

מתחייבת הגדרת סמכויות ברורה לגבי כל הגופים העוסקים בנושא.

מתחייבת הנחיה ברורה – איזה פעולות הן אסורות כליל, ואיזה פעולות מותנות בהפעלת שיקול דעת. שיקול הדעת חייב להיות מופעל לפי פרמטרים ברורים, שוויוניים, וכלליים, ואין לאפשר עוד קבלת החלטות בכל מקרה ומקרה לגופו, לפי קריטריונים וטעמים לא ברורים.
הגוף המנחה יבדוק את יישום החלטות הממשלה והמלצות חוות דעת זו, ככל שיתקבלו.
הגוף המנחה והמתאם יבדוק העברות כספיות לשטחים ולהתיישבות הישראלית ויוודא שאלה אינן מיועדות למאחזים בלתי מורשים;
הגוף המנחה יבדוק את פעולות הגופים והרשויות שנזכרו בחוות דעתי זאת ויבחן אם פסקו מפעילות בלתי חוקית או בלתי תקינה כמפורט בחוות דעת זאת.

כדי לקבוע את תחומי הסמכות ואופן הפעולה של הגוף המוצע, אני ממליצה כי ייקבע צוות בין משרדי שיגיש לך הצעה מפורטת בעניין.

12.1.2 הפצת רשימת המאחזים הבלתי מורשים בין משרדי הממשלה

אני מציעה כי רשימת המאחזים הבלתי מורשים תופץ למשרדי הממשלה השונים. יחד עם הרשימה יונחו משרדי הממשלה שלא לבצע כל פעולה בלתי חוקית, בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מאפריל 2004.

12.1.3 הקצאת תקציבים לאכיפת החוק בשטחים

א. יחידת הפיקוח של המינהל האזרחי תתוגבר בכוח אדם שיהיה באפשרותו, הלכה למעשה, לפקח על הבניה הישראלית הבלתי חוקית בשטחים. כדי לקבוע את הקצאת כוח האדם הנוסף הדרושה, צריכה להתבצע עבודת הכנה של ראש המינהל האזרחי, מתאם הפעולות בשטחים והיועץ המשפטי ליהודה ושומרון.

ב. שינוי תחיקת הביטחון כמוצע על ידי יחייב מינוי תובעים לגבי הטיפול בעבירות בניה בלתי חוקית בשטחים (להערכתי דרושים שלושה תובעים).

ג. נדרשת הגדלת כוח האדם בלשכת היועץ המשפטי ליהודה ושומרון. זאת נוכח הצורך להגביר את מעורבות אנשי היועץ המשפטי בועדות תכנון ורישוי לבניה וועדות נוספות של המינהל האזרחי; חוות דעת שיידרשו לצורך יישום תחיקת הביטחון הלכה למעשה. הכנת חומר שיידרש לשם מתן הגנה למדינה ורשויותיה בעתירות לבג"צ. אני סבורה כי יש להקצות 3 תקנים של פרקליטים לצרכים האמורים.

ד. הגדלת מספר השוטרים במשטרת מחוז ש"י, כדי שאכיפת החוק על ידם תהיה אפקטיבית יותר. לחילופין – להכפיף למשטרת מחוז ש"י שוטרי מג"ב המצויים בשטחי איו"ש למבצעים מיוחדים כהצעת מפכ"ל המשטרה.

נושאים אלה מחייבים תקצוב, ואני ממליצה בפניך לתקצב אותם.

12.2 המלצות לשינוי החלטות הממשלה או קבלת החלטות חדשות

12.2.1 אני ממליצה לבטל את החלטה 175 ולקבוע במקומה:

החלטה זו מתייחסת להקמת והרחבת יישובים בשטחי איו"ש

א. הקמת יישוב חדש או הרחבת בניה של יישוב בשטחי איו"ש (להלן: "הרחבה") שהוקם לפי החלטת הממשלה או ועדת שרים להתיישבות - טעונה החלטת ממשלה.

ב. הרחבת תחום שיפוט של מועצה מקומית / אזורית או עירונית או ישוב באיו"ש – טעונה החלטת ממשלה.

ג. יישוב שהוקם לפי החלטת הממשלה או ועדת שרים להתיישבות, והוקמו בסמוך לו שכונות או מבנים שלא כדין, לא תבוצע כל הרחבה ליד או בסמוך למבנים אלה עד שלא יוכרע מה יעשה בהם.

ד. לא תינתן הרשאה לתכנון על ידי שר הביטחון, ולא תדון ועדה לתכנון בתוכנית אלא רק לאחר הצגת אישורים מתאימים מאת הדרג המדיני כמתחייב מהחלטה זו.

12.2.2 שינוי החלטה 150 משנת 1996

בהחלטה זו נדרשים לדעתי כמה תיקונים.

זהו נוסח ההחלטה:

"א. בתחום ההתיישבות באזורי יהודה שומרון וחבל עזה...יפעלו משרדי הממשלה כלהלן ובכפוף לסמכויות הנתונות למערכת הביטחון ושר הביטחון בתחום זה, ובמסגרת תקציב המדינה המאושר לסעיפיו וכל אלה בהתאם להנחיות ראש הממשלה.

ב. כל הרשאה חדשה לתכנון והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה באזורים תבוצע רק לאחר אישורו של שר הביטחון.

ג. ועדת התכנון באזורים לא תדון בתכנית מתאר אלא לאחר קבלת אישור שר הביטחון, ולא תיתן תוקף לתוכנית כזו, אלא באישורו.

ד. האמור לעיל יעוגן בהתאמה בתחיקת הביטחון באזורי יהודה שומרון וחבל עזה.

ה. החלטה זו באה במקום החלטה מספר 360 מיום 22.11.92....

ז. בהמשך לנ"ל: נושאים של מדיניות כוללת בנושאי ההתיישבות, סלילת כבישים <u>והצעות להקמת ישובים חדשים, יובאו לדיון ולהחלטת הממשלה"</u>

<u>ואלה התיקונים הנחוצים:</u>

א. ***<u>החלת החלטה 150 על הקצאות ישנות שלפני 1996</u>***

לא ניתנה הדעת בהחלטה זו לגבי הקצאות קרקע ישנות שהוקצו להסתדרות הציונית או לגופים מיישבים אחרים, בתקופה שקדמה להחלטת 1996, וטרם הוקצו בהקצאת משנה לאחרים.

אכן המלצתי בפניך להורות על ביטול כל הקצאות הקרקע שהיקצה הממונה להסתדרות הציונית וטרם הוקצו על ידה לאחרים.
אינני יודעת אם המלצה זו תתקבל. כמו כן ידוע לי כי ישנם גופים מיישבים נוספים. אינני יודעת אם הוקצתה להם קרקע וטרם היקצו אותה בהקצאת משנה לאחרים.

לכן אני ממליצה כי בנוסף להמלצותיי לגבי החטיבה להתיישבות, תתוקן החלטה 150, בהתאם לכוונת מכונניה, באופן זה שקרקע שהוקצתה לפני יום החלטת 1996, לא תוקצה בהקצאת משנה אלא רק אם ניתן לכך אישור שר הביטחון.

לפיכך אני ממליצה בפניך להביא להחלטת ממשלה את הנוסח הבא:

כל קרקע שהוקצתה על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי לגוף מיישב, וההקצאה קדמה ליום קבלת החלטה 150 להחלטות הממשלה, והקרקע טרם הוקצתה על ידי הגוף המיישב לאחרים, תבוטל ההקצאה מיד ותוחזר לממונה.
על קרקע כאמור שתוחזר לממונה, תחול החלטה 150 להחלטות הממשלה, (וההחלטות שיתקבלו על פי חוות דעת זו ככל שיתקבלו).

ב. **<u>הקצאת קרקע שלא למטרות בניה</u>**

החלטת הממשלה 150 עוסקת רק בהקצאות קרקע לבניה, כאמור בה:

"ב. כל הרשאה חדשה לתכנון <u>והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה באזורים</u> תבוצע רק לאחר אישורו של שר הביטחון."

נראה על כן כי **הקצאת קרקע למטרות חקלאות** אינה נכללת בהחלטה. מכאן, ההסתדרות הציונית רשאית להקצות קרקע למטרות חקלאות, ללא אישור שר הביטחון.

כבר ראינו כי קרקע המיועדת למטרות חקלאיות, הופכת לקרקע עליה מבקשים להקים חוות חקלאיות, שביום בהיר אחד הופכות לפתע למאחז בלתי מורשה.

אחת הטענות שמועלות על ידי יושבי המאחז מהסוג האמור היא שהם אינם פולשים לקרקע, שכן ההסתדרות הציונית היא שהקצתה להם את הקרקע.

אני מציעה לתקן את החלטת הממשלה 150 באופן זה שכל הקצאת קרקע מכל סוג, בין לבניה, בין לחקלאות או לכל מטרה אחרת, תהיה טעונה אישור שר הביטחון.

אני מציעה על כן לקבוע בהחלטת ממשלה כלהלן:

תיקון החלטה 150:

סעיף קטן ב' להחלטה יוחלף ויהיה כלהלן:

ב. כל הקצאת קרקע, בין לבניה או לחקלאות או לכל מטרה אחרת, וכל הרשאה חדשה לתכנון, על אדמות מדינה באזורים, תבוצע רק לאחר אישורו של שר הביטחון.

12.2.3 החלטת ממשלה לעניין החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית

לקבל החלטת ממשלה לפיה תחויב החטיבה להתיישבות, והממונה לעשות את אלה, לפי העניין:

א. לבטל את כל הקצאות הקרקע שבידי החטיבה להתיישבות וטרם הוקצו על ידה לאחרים ולהחזירן לממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי (להלן: הממונה)- במידה ויש כאלה עדיין. בדיקה כאמור מן הראוי שתעשה גם על ידי הממונה.

ב. לבטל את כל הקצאות הקרקע שהוקצו לחטיבה להתיישבות והיא הקצתה אותן לאחרים בניגוד להרשאה.

ג. לבטל את כל ההקצאות שהחטיבה הקצתה לאחרים וטרם נעשה בהן שימוש, ולהחזיר את הקרקע לממונה.

ד. לבטל את כל ההקצאות עליהן הוקמו מאחזים בלתי מורשים ולהחזיר את הקרקע לממונה.

ה. להפסיק את פעולות החטיבה בשטחים, אלא אם החטיבה תוסמך אד הוק על ידי הממשלה לתפקד כגוף מיישב לצורך הקמת יישוב או הרחבה של יישוב קונקרטי באיו"ש שהממשלה תחליט על הקמתו או הרחבתו.

ו. משרד האוצר יבדוק את השנויים הנדרשים בתקציב החטיבה להתיישבות בהתחשב בהחלטות אלה ויתאים את תקציבה להחלטה זו.

ז. משרד האוצר יבדוק אם הכספים שהועברו עד כה לחטיבה להתיישבות מנותבים בהתאם להחלטה זו.

ח. החטיבה להתיישבות תחויב לתרום ככל יכולתה להסדרת הקשר החוזי בין המתיישבים בהתנחלויות בשטחים לבין הממונה, לגבי קרקע שהוקצתה להסתדרות הציונית.

בנוסף, אף אם לא יתקבלו המלצות אלה או חלקן, יש להחליט כי:

החטיבה להתיישבות לא תרכוש ולא תספק גנרטורים למאחזים בלתי מורשים.

12.2.4 החלטות ממשלה לגבי משרד הבינוי והשיכון

<u>בנושא תכנון, תקצוב והקמת מאחזים ו/או מבנים בלתי מורשים</u>

א. משרד הבנוי והשיכון לא יתכנן יישוב בשטחי איו"ש, או שכונה או הקמת מבנים כלשהם טרם שעשה בדיקה ממצה בדבר טיב הזכויות בקרקע המיועדת לתכנון.

ב. משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן הקמת ישוב או שכונה בלי שהדרג המדיני המוסמך החליט על כך.

ג. משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן בדיעבד מאחז בלתי מורשה.

ד. משרד הבינוי והשיכון לא יתכנן, לא יתקצב ולא יבנה בקרקעות שאינן בגדר אדמות מדינה. למען הסר ספק משרד הבינוי והשיכון לא יעשה אף פעולה מהמנויות לעיל בקרקעות סקר או בקרקעות שהן קרקעות פרטיות של פלסטינים.

ה. משרד הבינוי והשיכון יקים מאגר נתונים עדכני בדבר טיב הזכויות בקרקעות באיו"ש, מאגר שיהיה זמין לכל יחידות המשרד לרבות המינהל לבניה כפרית.

ו. משרד הבינוי והשיכון לא יממן ולא יבנה, בעצמו או באמצעות אחרים בשטחי איו"ש בלי שניתן היתר בניה קודם לכן.

<u>לעניין רכישת קרוונים בעתיד לשטחי איו"ש</u>

כל רכישה של קרוונים בעתיד המיועדים לשטחי איו"ש, בין אם תעשה על ידי משרד הבינוי והשיכון ובין אם על ידי משרד אחר כלשהו, תחייב קבלת הסכמת ראש הממשלה ושר הביטחון

לרכישה, וזאת טרם פרסום מכרז לייצור הקרוונים או מכרז לרכישתם. (זאת באשר רכישת קרוונים המיועדים לשטחים כמוה כמתן אישור לבניית בתים בשטחים).

12.2.5 החלטות ממשלה הקשורות לסמכויות שר הביטחון והמינהל האזרחי

<u>פתיחה בנוהל אדמות סקר בשטחי איו"ש</u>

(1). לא תוגש בקשה לפי נוהל אדמות סקר, ולא תיבדק בקשה כאמור אם הוגשה בעבר, להכרזת קרקעות סקר כאדמות מדינה, במאחזים בלתי מורשים שהוצא לגביהם צו תיחום לפי הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה), צו מספר 1539.

(2) לא תוגש בקשה לפי נוהל אדמות סקר, ולא תיבדק בקשה כאמור אם הוגשה בעבר, להכרזת קרקעות סקר כאדמות מדינה, לגבי קרקעות עליהן ממוקמים מאחזים בלתי מורשים אלא אם החליטה הממשלה לבחון ייתכנות הפיכת המאחז הבלתי מורשה ליישוב מוכר.

(3) לא תוגש בקשה לפי נוהל אדמות סקר, ולא תיבדק בקשה כאמור אם הוגשה בעבר, להכרזת קרקעות סקר כאדמות מדינה, אלא אם החליטה הממשלה קודם לכן, החלטה עקרונית בדבר כוונתה להקים באזור המסוים ישוב ישראלי.

(4). לא תוגש בקשה לפתיחה בנוהל אדמות סקר אלא באישור שר הביטחון או סגנו. סמכות זו לא תואצל לאיש בלתם. לא תקודם בקשה לפי נוהל אדמות סקר המצויה כבר בהלכי בדיקה במנהל האזרחי אלא אם יאשר שר הביטחון שיש לקדמה, ויאשר כי החלטת ממשלה זו יושמה לגביה.

<u>רכישת קרקע בשטחי איו"ש בידי ישראלים</u>

רכישת קרקע בידי ישראלים בשטחי איו"ש טעונה הסכמת שר הביטחון. הסכמת שר הביטחון תינתן בכתב. שר הביטחון לא יאציל את סמכותו לפי החלטה זו לאחר, למעט סגנו.

החלטת הממשלה תעוגן בתחיקת הביטחון על ידי תיקון מתאים של הצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה ושומרון) (מס. 25) תשכ"ז – 1967

12.3 מתן הוראות מנהליות לרשויות המדינה בקשר להקמת מאחזים בלתי מורשים

12.3.1 הנחיות למשרד הבינוי והשיכון

<u>בנוגע לתכנון מאחזים בלתי מורשים</u>

תינתן הנחיה לשר הבינוי והשיכון להפסיק לאלתר את המשך תכנון המאחזים הבלתי מורשים באיו"ש, ככל שאלה עדיין מצויים בהליך של תכנון. מאחר שהתכנון נעשה בחלקו, על ידי אדריכלים חיצוניים – תיבדק האפשרות המשפטית לבטל את החוזים עמם באופן בו תישא המדינה במינימום עלות. בדיקה כאמור תעשה על ידי היועץ המשפטי של המשרד בהנחיית משרד המשפטים.

יש להעביר למשרד הבינוי והשיכון רשימת מאחזים בלתי מורשים מוסמכת (ולעדכנה מדי פעם בפעם עד שתהיה רשימה ממצה). הרשימה תועבר על ידי מנכ"ל המשרד לכל אגפי המשרד ובמיוחד למינהל לבניה כפרית.

<u>בנוגע לקרוונים שנרכשו על ידי משרד הבינוי והשיכון בשנת 2003</u>

העברת הקרוונים לאחרים תעשה רק לאחר שיקבעו קריטריונים לחלוקתם. לאחר קביעת קריטריונים ראויים יושכרו הקרוונים לאחרים או ימכרו רק לאחר שיחתמו חוזים עם מי שיקבלו אותם, וייקבעו הסדרי תשלום עבורם למשרד השיכון, לשביעות רצון היועץ המשפטי של המשרד.

הקרוונים שנמסרו למועצות האזוריות באיו"ש יידרשו על ידי המשרד בחזרה.

היועץ המשפטי של המשרד בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה יקבעו את הדרך המשפטית הראויה להשבת הקרוונים למשרד הבינוי והשיכון. כמו כן יקבעו את הדרך המשפטית הראויה לדרוש ולקבל מהמועצות האזוריות האמורות תמורה ראויה בגין התקופה בה הוחזקו הקרוונים על ידיהן או על ידי מי שהם מסרו להם אותם.

12.3.2 הנחיות לשר הביטחון

אני ממליצה בפניך כי תנחה את שר הביטחון לעשות את אלה:

<u>בנושא הקצאת הקרקעות מהממונה לגופים מיישבים</u>

א. אני ממליצה בפניך כי תנחה את שר הביטחון לעשות את אלה:

<u>לגבי הקצאות חדשות:</u>

(1). שר הביטחון יורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי להפסיק להקצות קרקעות בשלב זה.

(2). שר הבטחון יורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי לערוך בדיקה פרטנית לברור טיב הזכויות בקרקע שתבוא בקשה להקצותה. לא תוקצה עוד קרקע שאינה אדמת מדינה.

(3). החלטה על הקצאה מחודשת תתקבל רק לאחר שינתן אישור בכתב על ידי ראש המינהל האזרחי לממונה כי נערכה בדיקה מחודשת בהתאם להחלטה זו, וכי הקרקע שהקצאתה מבוקשת עברה בירור חוזר ועדכני ונקבע כי היא אדמת מדינה. ללא אישור בכתב כאמור לא יקצה הממונה קרקע.

<u>לגבי הקצאות ישנות:</u>

(4). ראש המינהל האזרחי יונחה לבדוק באופן שיטתי את הקרקעות שהוקצו בעבר על ידי הממונה לגוף מיישב, בהם לחטיבה להתיישבות, ולבחון האם הקרקע היא בגדר אדמת מדינה.

קרקע שיתברר כי אינה בגדר אדמת מדינה – אין להתיר לגביה שימוש על ידי מקבלי ההקצאה, או תכנון תוכנית.

ב. <u>הנחית ועדות התכנון</u>

(5). ראש המינהל האזרחי יורה לועדות התכנון שלא לאשר תוכנית למטרת התיישבות ישראלית אלא אם נערכה בדיקה חוזרת והתברר כי התוכנית חלה על קרקעות שהן בגדר אדמות מדינה. אישור שנערכה בדיקה חוזרת כאמור יינתן על ידי ראש המינהל האזרחי.

ג. <u>קביעת קריטריונים להקצאת קרקעות</u>

(6) ראש המינהל האזרחי בשיתוף עם היועץ המשפטי ליהודה ושומרון, ענף הדין הבינלאומי והפצ"ר ייקבעו קריטריונים להקצאת קרקעות למטרות שונות. לאחר שיגבשו קריטריונים – אלה יועברו לאישור שר הביטחון, ואישור היועץ המשפטי לממשלה אם ימצא לנכון לעשות כן.

<u>בנושא דרישה לחתימת הממונה כנציג הבעלים על היתר בניה</u>

אני ממליצה בפניך כי תנחה את שר הביטחון להורות למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי כי:

א. ועדת תכנון לא תדון בבקשה להיתר בניה ולא תוציא היתר בניה לבניה בקרקעות מדינה טרם שהממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש יאשר בכתב כי הוא מסכים לכך.

ב. הממונה לא יחתום על היתר בניה טרם שהוסדרה המערכת החוזית בין הממונה לבין החטיבה של ההסתדרות הציונית, ובין הממונה לבין המתיישבים, וטרם הסדרת התשלומים הכרוכים בכך

ג. הממונה לא יחתום על היתר בניה מקום שהקרקע הוקצתה להסתדרות הציונית למטרת תכנון בלבד.

<u>בנושא הצגת אישור דרג מדיני מוסמך כתנאי לדיון בתוכנית</u>

שר הביטחון יורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי כי ינחו את ועדות התכנון, שתנאי לדיון בתוכנית יהיה הצגת אישור דרג מדיני מוסמך בדבר החלטה על הקמת יישוב חדש או הרחבה ליישוב קיים.
יובהר כי האישור נדרש הן לגבי עצם הבניה המבוקשת, והן לגבי הגדלת תחום שיפוט.

<u>היתר בניה לישראלי לפי תוכנית מנדטורית</u>

א. שר הביטחון יורה לממונה כי כל בקשה של ישראלי להיתר בניה באדמות מדינה לפי תוכנית מנדטורית תיחתם מעתה על ידי הממונה, ובלבד שהממונה קיבל את אישורו המוקדם של שר הביטחון.

ב. שר הביטחון ינחה את המתאם וראש המינהל האזרחי כי ועדות לרישוי לא ידונו בבקשה להיתר בניה באדמות מדינה ללא חתימת הממונה על הבקשה.

ג מפקד האזור יונחה לקבוע בצו כי ועדות לרישוי לא יתנו היתר בניה לישראלי מכוח תוכנית מנדטורית אלא אם הוצגה הסכמתו בכתב של מפקד האזור למתן ההיתר, והתימת הממונה כי הוא מסכים למבוקש.

<u>בנושא חיבור מאחזים בלתי מורשים לרשת החשמל והמים</u>

א. ההנחיה הכללית של שר הביטחון, כמקובל עליו כבר עתה היא, שכעיקרון אין לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל. עם זאת יורה שר הביטחון למתאם הפעולות בשטחים ולראש המינהל האזרחי להגיש הצעה לקביעת קריטריונים לאישור חיבור מאחז בלתי מורשה לרשת החשמל כחריג, מטעם ביטחוני מיוחד ולפי אישור ראש המינהל האזרחי.
הקריטריונים שיוצעו לחיבור חריג יוגשו ליועץ המשפטי לממשלה לאישורו – היה וימצא כי יש לעשות כן.

בכל הנוגע לחיבור מאחז בלתי מורשה לרשת המים, הרי ששר הביטחון סבור שאין לחבר מאחז בלתי מורשה לרשת המים. זוהי הנחייתו הכללית, ואינני סבורה שיש מקום להכניס בה שינויים.

ב. רשימת המאחזים הבלתי מורשים (וכפי שתעודכן מפעם לפעם) תופץ למתאם הפעולות השטחים ולראש המינהל האזרחי. אלה יורו לקמ"ט חשמל ומים שלא לאשר חיבור חשמל ומים למאחז בלתי מורשה. בכל מקום שיש לקמ"ט חשמל או מים ספק אם מדובר במאחז בלתי מורשה – על הקמ"ט לקבל אישור מראש המינהל האזרחי עצמו לחיבור המבוקש.

ג. הודעה על הנחיות אלה, ורשימה של המאחזים הבלתי מורשים תשלח במקביל על ידי משרד הביטחון למנהל חברת חשמל ולמנהל סניף ירושלים של חברת חשמל, וכן למנהל חברת מקורות ולמהנדס מחוז מרכז במקורות.

ד. שר הביטחון יורה לראש המינהל האזרחי לפעול באמצעות יחידת הפיקוח וקמ"ט חשמל לניתוק מאחזים בלתי מורשים מרשת החשמל של ישוב מוכר על ידי "משיכת חשמל" פיראטית.

<u>בנושא הובלת יבילים</u>

אני ממליצה בפניך להנחות את שר הביטחון לקבוע בצו בדבר העברת טובין (1252) ובנוהל הובלת יבילים (ככל שההוראות שלהלן אינן קבועות בו), גם את אלה:

1. תנאי למתן היתר לשינוע קרוון יהיה: הצגת היתר בניה כדין שניתן על ידי ועדת תכנון, שיצורף לבקשה; הצגת תצלום אוויר של מקום היעד לקרוון; תוכנית מפורטת, וחתימה של מהנדס המועצה הרלוונטית כי הקרוון יוצב בהתאם לתוכנית.

2. המינהל האזרחי והמתאם יבחנו בכל בקשה להיתר שינוע יבילים אם אכן היתר בניה הוצא כדין, אם הקרוון יוצב כנטען בהתאם לתוכנית. הם יעבירו חוות דעתם זו בכתב לשר הביטחון.

3. המבקש היתר לשינוע קרוון יצביע על הצורך בהובלת הקרוון לשטחים. הוכחת הצורך הנטען תגובה בתצהיר ערוך כדין.

4. היה ויינתן היתר לשינוע קרוון, הוא יהיה מותנה בתנאים. תנאי למתן היתר יהיה המוצע בסעיף 5 להלן.

5. המבקש ימציא לממונה ערובה להבטחת התחייבותו כי הקרוון יגיע למקום היעד ויישאר שם. המבקש יתחייב כי היה ותנאי מתנאי ההיתר לשינוע יופר תוך 18 חודש מיום שהקרוון נכנס לשטחי איו"ש – תחולט הערובה.

6. גובה הערובה ייקבע על ידי מפקד האזור ויקבע בצו.

<u>בנושא יחידת הפיקוח של המינהל האזרחי</u>

אני ממליצה בפניך להנחות את שר הביטחון שיורה למתאם הפעולות בשטחים ולראש המנהל האזרחי לעשות את אלה:

1. להגדיר את תחום הפיקוח של יחידת הפיקוח ככולל את ההתיישבות הישראלית באיו"ש במקומות אלה: יחידת הפיקוח תפקח בכל שטח של התיישבות ישראלית שלא ניתן להוציא לגביו היתר בניה מכוח תוכנית מפורטת; יחידת הפיקוח תפקח בכל מקום בו נעשית בניה

בניגוד ליעוד הקרקע. ראש המינהל האזרחי יקבע כללי פיקוח ליחידת הפיקוח בהתאם להנחיות אלה שיאושרו בידי שר הביטחון.

2. להגדיל את כוח האדם של יחידת הפיקוח באופן משמעותי בהתחשב בהיקף פריסת היחידה.

3. מאחר ששר הביטחון הסכים כי יבוצעו טיסות צילום פעם בחודש, שיקבע גורם אחראי לביצוע הוראתו. הצילומים יועברו לגורם מפענח וישמשו בידי יחידת הפיקוח כאמצעי חשוב בקבלת מידע על הנעשה בשטח. נתוני הבניה בשטח ימסרו באופן שוטף למתאם הפעולות בשטחים ועוזר שר הביטחון שפיגל.

<u>בנוגע לביצוע צווי הריסה:</u>

להנחות את שר הביטחון לבחון את צווי ההריסה שבתוקף נכון להיום. להנחותו לבצע את צווי ההריסה שבתוקף – בכפוף לתאום בכל הנוגע למימוש צווי תיחום שהוצאו ויבוצעו בפועל.

להקים פורום קבוע בראשות ראש המינהל האזרחי לדיון, מעקב ופיקוח על ביצוע צווי הריסה.

<u>בנוגע להסדרת סטאטוס תכנוני לפי סעיף 34א לחוק התכנון והבניה הירדני ומתן היתר לשינוע קרוונים בהסתמך עליו</u>

אני ממליצה להנחות את שר הביטחון <u>לעגן בנוהל</u> את הכללים עליהם החליט כמפורט לעיל (סעיף 9.1.10) בדבר ההנחיה לשימוש בסעיף 34א לחוק התכנון והבניה. אני ממליצה להוסיף לכללים שקבע שר הביטחון את המלצתי בדבר דרישת הצגת תצהיר ערוך כדין בדבר <u>הצורך</u> במתן היתר בניה כאמור, <u>והדחיפות</u> לכך.

<u>בנוגע לקציבת קדנציות לבעלי תפקידי ניהול במינהל האזרחי</u>

להנחות את שר הביטחון להורות למתאם הפעולות בשטחים וראש המנהל האזרחי לקבוע פרק זמן קצוב למילוי קדנציה בתפקידי ניהול במנהל האזרחי בתיאום עם נציבות שירות המדינה.

<u>**בנוגע לעוזר שר הביטחון להתיישבות**</u>

אני ממליצה כי תשקול אם יש צורך בתקן של עוזר שר הביטחון להתיישבות, ואם תסבור בחיוב – תשקול להנחות את שר הביטחון כי האדם שימונה לתפקיד להבא יהיה אדם חסר פניות ובלתי מחויב למגזר מסוים דווקא.

12.4 המלצות לחקיקה בכנסת

<u>**תיקון סעיף 2(א) לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשל"ח - 1977**</u>

מוצעת חקיקה שתסדיר העמדה לדין של ישראלי שעבר עבירה של שינוע קרוון ללא היתר כדין (או בניגוד להיתר שניתן), וכן העמדה לדין של ישראלי שהפר את **הצו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) 1539**; וישראלי שהפר צו שטח צבאי סגור, כניסה לשטח A ללא היתר, והעברת חומרים מסוכנים ללא היתר.

אני מציעה לעשות כן על ידי תיקון סעיף 2(א) **לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשל"ח– 1977**, על ידי הוספת סעיף א1 לסעיף 2(א) האמור, וזו לשון התיקון המוצע:

> "בנוסף לאמור בכל דין יהיה בית המשפט בישראל מוסמך לדון ישראלי על מעשהו או מחדלו שיארעו באזור אם המעשה או המחדל מהווים עבירה לפי תחיקת הביטחון באזור והיא מנויה בתוספת".

בתוספת יימנו עבירות לפי תחיקת הביטחון שאין להן מקבילה בישראל ולכן בהעדר חקיקה הולמת לא ניתן להעמיד לדין בגינן (שינוע יבילים באיו"ש ללא היתר בניגוד לתקנות בדבר הובלת מבנים יבילים שהוצאו מכוח **צו בדבר העברת טובין**; **צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) (1539)**; **כניסה**

לשטח צבאי סגור המהווה עבירה לפי **הצו בדבר הוראות ביטחון**; הובלת חומרים מתלקחים בתוככי האזור לאזורי A ו – B ללא היתר וכן הבאת חומרים חומרים מתלקחים לאזור והובלתם באזור ללא היתר לפי **תקנות בדבר העברת טובין (הובלת חומרים מתלקחים לאזורי A ו- B) (יהודה ושומרון), התשס"ב – 2002** שהוצאו מכוח **הצו בדבר העברת טובין)**.

12.5 רפורמה בתחיקת הביטחון

<u>אני מציעה לבצע רפורמה בתחיקת הביטחון, שתבוא לביטוי בין השאר באלה:</u>

א. לגבי פינוי מאחזים – החקיקה הקיימת נראית מספקת. אין צורך, לעת הזאת, בקביעת אלטרנטיבה חקיקתית.

ב. תיקון סעיף העונשין ב**צו בדבר מבנים בלתי מורשים (הוראת שעה) 1539** על ידי קביעת עונש ספציפי בגין ביצוע עבירה לפי הצו האמור. הענישה צריכה לכלול עונש מאסר משמעותי וקנס כספי כבד.

ג. תיקון **חוק תכנון ערים כפרים ובניינים, חוק זמני 79 לשנת 1966 הירדני** על ידי כך שבניה ללא היתר תקבע כעבירה פלילית; ייקבע בית המשפט המוסמך לדון בעבירות אלה; ויוסמכו תובעים.

ד. תיקון חוק התכנון והבניה הירדני לצורך החלת הסדר מקביל לחובת "טופס 4" בישראל לצורך חיבור מבנה לתשתיות כמו מים חשמל וטלפון, על ידי חקיקת הוראות מקבילות ככל האפשר לסעיף 157א ל**חוק התכנון והבניה התשכ"ה – 1965** ולסעיף 5 ל**תקנות התכנון והבניה (אישורים למתן שירותי חשמל, מים וטלפון) התשמ"א - 1981**.

ה. תיקון **צו בדבר העברת טובין מספר 1252 התשמ"ח - 1978** ו**תקנות בדבר העברת טובין (הובלת מבנים יבילים)** מכוחם יהיה ניתן לתפוס קרוון שהונח על הקרקע או חובר לתשתיות ולסלקו מהשטח ללא הליך שיפוטי, והכל בתוך פרק זמן קצר שייקבע.

ו. כמו כן אני מציעה לכלול ב**צו בדבר העברת טובין מספר 1252** הנ"ל תנאים נוספים למתן היתר לשינוע יביל: (1). לא יינתן היתר לשינוע יביל אלא אם הוצג היתר בניה כדין להצבת הקרוון המבוקש במקום היעד; תצלום אוויר של מקום הצבת הקרוון, תוכנית מפורטת בת תוקף וחתימת מהנדס המועצה המקומית שההצבה של הקרוון תואמת את התוכנית. (2). מבקש ההיתר יגיש תצהיר ערוך כדין בדבר הצורך בקרוון. (3). מבקש ההיתר יפקיד ערובה למשך 18 חודש להבטחת הנחת הקרוון במקום היעד המוצהר והשארתו במקום.

ז. חקיקה שתעניק סמכויות נרחבות יותר לטיפול בפולשים שלא כדין לקרקע פרטית של פלסטינים על ידי תיקון **צו בדבר סילוק פולשים (1472)**

ח. תיקון **צו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (מספר 1445)** (להלן: **"צו אישור הליכי בניה"**) – צו שנתן תוקף לפי תחיקת הביטחון להחלטת הממשלה 150 משנת 1996.

ט. יתוקן **הצו בדבר עסקאות במקרקעין (יהודה ושומרון) (מס. 25) תשכ"ז – 1967** ויקבע בו כי רכישת קרקע בידי ישראלים בשטחי איו"ש טעונה הסכמת ראש המינהל האזרחי. ההסכמה תינתן בכתב.

12.6 המלצות שיש להביא בפני היועץ המשפטי לממשלה

<u>נקיטה בהליכים משפטיים</u>

<u>לגבי עובדי משרד הבינוי והשיכון ומעורבים אחרים</u>

אני ממליצה כי תעביר את החומר שנאסף בדו"ח זה ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שישקול אם יש מקום לנקוט הליכים משפטיים נגד עובדי מדינה ומעורבים אחרים שפעלו ביודעין בניגוד לחוק בכל הנוגע להקמת מאחזים בלתי מורשים, ולפרשת הקרוונים במשרד הבינוי והשיכון, לרבות בכל הנוגע לפרסום המכרז לייצור הקרוונים והזכייה בו, העברת הקרוונים למאחזים בלתי מורשים, וכל עניין אחר הנוגע לפרשת הקרוונים.

<u>לגבי עוזר שר הביטחון להתיישבות:</u>

אני ממליצה בפניך להעביר את מכלול החומר שנאסף בכל הנוגע לתפקודו המתואר לעיל של ע' שר הביטחון להתיישבות ליועץ המשפטי לממשלה, על מנת שיבחן אם יש מקום לנקוט בהליכים משפטיים נגדו.

<u>המלצה לניסוח החלטת ממשלה שתיעשה בידי היועץ המשפטי לממשלה</u>

אני ממליצה כי היועץ המשפטי לממשלה יבדוק ניסוח החלטת ממשלה לקביעת קריטריונים לתקצוב פרוייקט מועדף, כאשר משרד המבקש לתקצב פרוייקט מיוחד מכספים ייחודיים שיש בו העדפה של מגזר אחד על פני אחרים, יהיה חייב לקבוע קריטריונים לתקצוב ויהיה חייב לפרסמם ברבים.

<u>הרחבת סמכות ועדת פרופ' איל זמיר בנושא רישום ראשון</u>

היועץ המשפטי לממשלה יבחן אם יש מקום להרחיב את תחום סמכותה של הוועדה לדון בדרכים האפשריות למנוע רכישת זכויות בקרקע בדרך של עיבוד וחזקה מכוח סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומני וסעיף 20 לאותו חוק, על ידי מתנחלים שתפסו חזקה בקרקע שלא כדין.

סיכום

התמונה הנגלית לעין המתבונן היא קשה.

מזה שנים התפרקו ממשלות ישראל בפועל (אך לא פורמאלית), מתפקידן, והותירו את הזירה לדרג המבצע. במקום שממשלת ישראל תחליט על הקמת ישובים בשטחי איו"ש, תפסו את מקומה, החל מאמצע שנות התשעים ואילך, אחרים:

"הקטר המניע" להחלטה על הקמת מאחזים הן מועצות אזוריות באיו"ש, מתנחלים ופעילים, חדורי אידאולוגיה ומוטיבציה להגברת ההתנחלות הישראלית בשטחי איו"ש. עמם שותפים חלק מפקידי החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, ומי מבין עובדי משרד הבינוי והשיכון, שפעלו לקידום תופעת המאחזים הבלתי מורשים. כל אלה נעשו, ככל הנראה בהשראת שרי שיכון שונים בתקופות הרלוונטיות, מי מהם בעצימת עין, ומי מהם בתמיכה עידוד וזרוז, תוך מתן עזרה ותמיכה של משרדי ממשלה אחרים, בין מיוזמת פקידים מסוימים ובין מיוזמה ועידוד של הדרג המדיני של אותו משרד.

התוצאה היא שהדרג המבצע לפי ייעודו - הפך לדרג המחליט, וזאת בלי שהוסמך לכך, בניגוד להחלטות הממשלה, וללא אחריות מדינית וציבורית החלה מטבעה על הדרג המדיני.

כל אלה במימון מסיבי של מדינת ישראל, ללא שקיפות ציבורית ראויה, ללא קריטריונים מחייבים.
הקמת המאחזים הבלתי מורשים נעשית תוך הפרת נהלים, כללי מינהל תקינים, ובמיוחד תוך הפרת חוק בוטה ונמשכת.

לא זו אף זו: רשויות המדינה מדברות בשני קולות. לעיתים מאשרות ולעיתים מונעות. הכללים הפכו גמישים. יד אחת פועלת להקמת המאחזים והאחרת משקיעה משאבים וכוחות בפינויים.

מעשים אלה נעשו לא בידי יחידים בלבד. הקושי המיוחד טמון בכך שרשויות המדינה ורשויות ציבוריות הן שנטלו חלק בהפרות החוק. הן שמימנו בניה בקרקע ללא החלטות של הדרג המדיני וזאת בניגוד להחלטות הממשלה, ללא תוכנית בעלת סטאטוס תכנוני כדין, ופעמים – בקרקעות שאינן אדמות מדינה, ובחלקן קרקעות פרטיות של פלסטינים.

רשויות המדינה ורשויות ציבוריות – הן שהפרו את החוק, הכללים, והנהלים שקבעה המדינה עצמה.

צה"ל, שנכנס לנעלי הריבון בשטחי איו"ש ועליו מוטל לשמור על הסדר והביטחון; ומשטרת ישראל שמתפקידה לאכוף את החוק בשטחי איו"ש - אינם עומדים במשימה זאת. קצרה ידם של גורמי אכיפת

החוק לפעול נגד רשויות המדינה עצמן המפרות את החוק. אין הם יודעים להתמודד עם מסר כפול, לפיו מעשי הקמת המאחזים נעשים בניגוד לחוק אך בעידוד הרשויות.

הקונספציה הביטחונית לפיה בכל מקום בו מתגורר ישראלי – שם יספק לו צה"ל הגנה, הביאה לתוצאה עגומה במיוחד. יוצא, שכל מתנחל החפץ לטעת את ביתו במקום פלוני, אף שלא ברשות, ללא סמכות ובניגוד לחוק – זוכה להגנת הצבא. התוצאה המסתברת ממעשים אלו היא שמי שקובע בסופו של דבר את פרישת צה"ל בשטח איננו מפקד הצבא – אלא מתנחלים. איש כהבנתו וכחפצו. יוצא שכדי להגן על מאחז פלוני, יש להוציא כוחות ממקום אלמוני. מאחר שיריעת הביטחון קצרה היא – נפגעת גם רמת הביטחון שיכול צה"ל לספק.

הגנת צה"ל על המאחזים הבלתי מורשים גוררת אותו למעשה, בניגוד לרצונו, לתת גושפנקא, מעצם נוכחותו במקום, להקמת המאחזים הבלתי מורשים.

ואם לא די בכל אלה, הרי שבחינת הכלים לאכיפת החוק בשטחי איו"ש מעלה כי תחיקת הביטחון חסרה ביותר, ואין בידי גורמי אכיפת החוק הכלים האלמנטריים להתמודד עם מעשי הפרות החוק בכל הנוגע לתופעות של הקמת מאחזים בלתי מורשים וכל המתלווה לכך. חקיקה שנדרשה מזה שנים לא נחקקה, למרות שהגורמים המעורבים יודעים על כך היטב. רק בחודשים האחרונים החל להסתמן, אולי, שינוי מסוים.

מדינת ישראל חרטה על דגלה הנורמטיבי את היותה מדינה דמוקרטית. כך נקבע בהכרזת העצמאות, המסמך המכונן שלה, ובחוקי היסוד שלה. זה הדבק המחבר בין כל אזרחיה המאפשר להם לחיות יחדיו תחת מסגרת מדינית אחת.

משטר דמוקרטי ועיקרון שלטון החוק הם שניים, שאין להפרידם. האחד לא ייכון בלי האחר.

התמונה המצטיירת מהמתואר בחוות הדעת לעיל מחייבת את המסקנה כי המעשים הללו מכרסמים כרסום של ממש בעקרון שלטון החוק. אמנם המאחזים מוקמים בשטחי איו"ש ולא בתחום מדינת ישראל, אך המתנחלים הנוטלים חלק בהקמתם והרשויות שפועלות להקמתם –ישראלים הם. הפרת חוק נמשכת, בוטה, ממוסדת שנעשית על ידי המוסדות עצמם – מערערת את שלטון החוק. מה גם שמעשי הפרת חוק המשתרשים והופכים לנורמת התנהגות מקובלת, יש להם נטייה לגדול ולהתפשט לתחומים נוספים.

נושא ההתנחלות בשטחי איו"ש הוא נושא שנוי במחלוקת עזה בציבור הישראלי. יש מי התומך בו בלהט ויש מי המתנגד לו. מדיניות ההתנחלות בשטחי איו"ש מן הדין שתוחלט על ידי הממשלה שנבחרה כדין. אך כל מדיניות ממשלתית כפופה לחוק. כל פקיד וכל נבחר ציבור – כולם כפופים לחוק. ניתן להוביל מדיניות אך ורק במסגרת החוק.

הנעשה בשטחי איו"ש כמתואר לעיל איננו עוד עניין של השקפה פוליטית ומדינית בלבד. זהו עניין הקשור בטבורו לשלטון החוק ולאכיפת חוק.

שמירה על משטרה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מחייב נקיטת פעולות דחופות לשינוי פני הדברים המתוארים כאן. אין להשלים עוד עם מעשים אלה. יש להביא לתיקונם, ונראה כי בידך לעשות כן.

אשר על כן אני ממליצה בפניך לקבל את המלצותיי ולייישמן הלכה למעשה.

טליה ששון, עו"ד.

העתק: היועץ המשפטי לממשלה

הצוות המקצועי

לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו"ש

דו"ח מסכם

ירושלים, ל' בשבט התשע"ח, 15.2.18

הצוות המקצועי

לגיבוש מתווה

להסדרת בנייה באיו"ש

ירושלים, ל׳ בשבט התשע״ח

15.2.18

לכבוד

ראש הממשלה

<u>מר בנימין נתניהו</u>

מכובדי,

הנדון: **<u>הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו״ש – דו״ח מסכם</u>**

1. ביום ה באדר א התשע״ו (16.2.16) מונה על ידך ״הצוות המקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה באיו״ש״.

2. בחלוף שנתיים מיום המינוי, הננו מתכבדים להגיש את הדו״ח המצורף, המסכם את עבודת הצוות עד היום.

בברכה,

ד״ר חיה זנדברג, עו״ד

יו״ר הצוות המקצועי

העתקים (לפי סדר הופעתם בכתב המינוי):

גב׳ איילת שקד, שרת המשפטים
מר אביגדור ליברמן, שר הביטחון
מר אורי אריאל, שר החקלאות
מר משה כחלון, שר האוצר
ד״ר אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה
חברי הצוות המקצועי

תוכן העניינים

תוכן העניינים 5

מבוא *9*

פרק ראשון: התנאים להסדרה של יישוב או שכונה באיו"ש *12*

פרק שני: היבטים קניינים באיו"ש *14*

פרק 2.1: "קרקעות מוחזקות כדין" **14**

פרק 2.2: קרקעות *בבעלות* המדינה במקרקעין – כללי **14**

פרק 2.3: קרקעות רשומות על שם המדינה **15**

(א) התליית ההסדר 15

(ב) "רישום ראשון" 15

פרק 2.3 סיכום ביניים: מקרקעין הרשומים במרשמי המקרקעין על שם המדינה 18

פרק 2.4: קרקעות *מוכרזות* על שם המדינה **19**

(א) החלטת ממשלה מס' 145 19

(ב) חוק הקרקעות העות'מאני 19

(ג) קרקע מירי 20

(ד) הפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה": חוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל 21

(ה) הממונה על הרכוש הממשלתי וסעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי (צו 59) 22

(ו) "אדמות סקר" 23

(ז) צוות "קו כחול" 23

פרק 2.4 סיכום ביניים: מקרקעין מוכרזים כ"אדמות מדינה" 25

פרק 2.5: מרשמי המקרקעין והעיון בהם **26**

(א) הצו בדבר עיון במרשמים 26

(ב) מרשם ההרשאות 27

(ג) רישומים פנימיים 27

פרק 2.5 סיכום ביניים: מרשמי מקרקעין באיו"ש 28

פרק 2.6: קרקעות שהופקעו לטובת המדינה **28**

(א) המשפט הבינלאומי 28

(ב) ההפקעות הירדניות 29

(ד) הפקעות על ידי המפקד הצבאי 31

פרק 2.6 סיכום ביניים: מקרקעין שהופקעו לטובת המדינה 34

פרק 2.7: קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין – כללי **35**

פרק 2.8: קרקעות המוחזקות בתפיסה לצורכי צבא **36**

(א) סמכות המפקד הצבאי להפקיע לצורכי צבא 36

(ב) משמעותה של "התפיסה הצבאית" 36

(ג) הדרכים ליצירתה של "תפיסה צבאית" 37

(ד) "תפיסה צבאית" וההתיישבות האזרחית באיו"ש 38

(ה) פרשת דויקאת 38

(ו) הרחבתו של יישוב בשטח התפוס בתפיסה צבאית 39

פרק 2.8 סיכום ביניים: מקרקעין תפוסים בתפיסה צבאית 41

פרק 2.9: נכסי נפקדים **42**

(א) "נכסי נפקדים" ו"נכסים נטושים" – צו 58 42

(ב) הקצאת נכסים נטושים 43
(ג) נכסים נטושים וההתיישבות הישראלית 43
פרק 2.9 סיכום ביניים: נכסי נפקדים 44

פרק 2.10: "אדמות בניהול" 44
פרק 2.10 סיכום ביניים: "אדמות בניהול" 46

פרק 2.11: "אדמות היהודים" באיו"ש 46
פרק 2.11 סיכום ביניים: "אדמות היהודים" 49

פרק 2.12: ניהול מקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות 49
פרק 2.12 סיכום ביניים: ניהול המקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות 51

פרק 2.13: אדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי – כללי 51

פרק 2.14: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי 52
(א) רכישה מותרת לישראלי – על ידי חברה בלבד 52
(ב) היתר עסקה 53
פרק 2.14 סיכום ביניים: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי 54

פרק 2.15: החזקה ועיבוד במשך תקופת ההתיישנות על ידי אזרח ישראלי 54
(א) חוק הקרקעות העות'מאני ו"טענת זכות" 54
(ב) צו שימוש מפריע 55
פרק 2.15 סיכום ביניים: החזקה ועיבוד במשך תקופת ההתיישנות על ידי אזרח ישראלי 58

פרק 2.16: סיכום הפרק השני – היבטים קניינים באיו"ש 59

פרק שלישי: היבטים תכנוניים באיו"ש 61

פרק 3.1: חוק התכנון הירדני וצו 418 61

פרק 3.2: מוסדות התכנון באיו"ש 62
(א) מועצת התכנון העליונה (מת"ע) 62
(ב) ביטול הוועדות המחוזיות והקמת ועדות המשנה למת"ע 62
(ג) ועדת המשנה להתיישבות 62
(ד) ועדת המשנה להתנגדויות 63
(ה) ועדת המשנה לתכנון ורישוי 63
(ו) הוועדות המיוחדות 64
(ז) לשכת התכנון המרכזית 64
פרק 3.2 סיכום ביניים: מוסדות התכנון באיו"ש 66

פרק 3.3: התוכניות באיו"ש 67
(א) מדרג התוכניות 67
(ב) תוכנית אזורית (תמ"א) 67
(ג) תוכנית מתארית 68
(ד) תוכנית מפורטת 68
(ה) הצורך באישור דרג מדיני לתוכניות באיו"ש: החלטות ממשלה 360 ו-150 69
פרק 3.3 סיכום ביניים: התוכניות באיו"ש 70

פרק 3.4: היתר בנייה באיו"ש 70
פרק 3.4 סיכום ביניים: היתר בנייה באיו"ש 71

פרק 3.5: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית 71
(א) הייחוד התכנוני בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית 71
(ב) צו 997 71
(ג) תקנות בדבר מתן היתרים ו"מערכת הנחיות" 72

פרק 3.5 סיכום ביניים: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית 73

פרק 3.6: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים התכנוניים באיו"ש 73

פרק 3.7: סיכום הפרק השלישי – היבטים תכנוניים באיו"ש 74

פרק רביעי: היבטים מוניציפליים באיו"ש 75

פרק 4.1: הזכות לקבל שירותים מוניציפליים והחובה להעניק את השירותים 75

פרק 4.2: מועצות אזוריות 75

(א) צו 783 75

(ב) תחום שיפוט של מועצה אזורית 75

(ג) תקנון המועצות האזוריות 76

פרק 4.2 סיכום ביניים: מועצות אזוריות באיו"ש 77

פרק 4.3: מועצות מקומיות 77

(א) צו 892 77

(ב) תחום שיפוט של מועצה מקומית 78

(ג) תקנון המועצות המקומיות 78

(ד) הרחבת סמכותה של מועצה מקומית: צו 1453 78

פרק 4.3 סיכום ביניים: מועצות מקומיות באיו"ש 79

פרק 4.4: תחום שיפוט ומרחב תכנון 79

פרק 4.4 סיכום ביניים: תחום שיפוט ומרחב תכנון באיו"ש 81

פרק 4.5: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש 81

פרק 4.5 סיכום ביניים: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש 82

פרק 4.6: סיכום הפרק הרביעי – היבטים מוניציפליים באיו"ש 82

פרק חמישי: אישור הדרג המדיני כתנאי להקמתו של יישוב באיו"ש 84

פרק 5. סיכום הפרק החמישי: אישור הדרג המדיני כתנאי להקמת יישוב באיו"ש 85

פרק שישי: בעיות והמלצות 85

פרק 6.1: מיפוי הקשיים 85

פרק 6.2: אב-טיפוס (א) – פגם שהתגלה בדיעבד 86

(א) ה"גריעות" של צוות "קו כחול" 86

(ב) הנחייתו של מר בלס 86

(ג) ה"גריעה" – לא בהכרח של אדמות פרטיות 87

(ד) היעדר פרסום של עבודת צוות "קו כחול" 87

(ה) תמצית ההמלצות 88

(ו) מבט אל העבר: "תקנת השוק" – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי 88

(ז) מבט אל העתיד: המתחם המתוכנן – הנחייתו של מר בלס 89

פרק 6.2 סיכום ביניים: אב-טיפוס (א) – פגם שהתגלה בדיעבד 90

פרק 6.3: אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים" 91

(א) היווצרות ה"איים התלויים" 91

(ב) תכנון "צמוד דופן" 92

תוכניות מתאר ארציות בישראל 92

המצב באיו"ש: התוכניות המנדטוריות 92

המצב באיו"ש: התמ"אות 93

המצב באיו"ש: אין תחולה לתמ"א 35 94

המצב באיו"ש: תחולה גמישה וזהירה לעקרון התכנון "צמוד הדופן" 94

(ג) דרכי גישה 95
הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין סמכות ההפקעה 95
גשר או מנהרה בקרקע מסוג מירי 96
קרקע מסוג מתרוכה 97
חוק הדרכים הירדני 99
פרק 6.3 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ב) — "איים תלויים" 101

פרק 6.4: אב-טיפוס (ג) — התרחבות של יישוב או שכונה: כללי 102

פרק 6.5: אב-טיפוס (ג) — התרחבות של יישוב או שכונה: במה דברים אמורים? 102
(א) התרחבות החורגת מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין" 102
(ב) סיבות אפשריות להיווצרות ההרחבות ה"חורגות" 103
(ג) יישובים שבהם הבנייה "הקדימה" את התכנון: המצב בישראל 104
(ד) אי-פינוי מחמת שיהוי 105
(ה) החייל יהודה הישראלי 107
פרק 6.5 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) — התרחבות של יישוב קיים — במה דברים אמורים? 109

פרק 6.6: אב-טיפוס (ג) — הסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות" 110
פרק 6.6 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) — התרחבות של יישוב קיים — הסדרה מוניציפלית 111

פרק 6.7: אב-טיפוס (ג) — הצגת הנושא של איחוד וחלוקה כפתרון קנייני ותכנוני — שאלה פתוחה 111
פרק 6.7 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) — איחוד וחלוקה — הסדרה קניינית ותכנונית 114

פרק 6.8: סיכום הפרק השישי — בעיות והמלצות 114

סיכום ותמצית ההמלצות 117

נספחים 124

נספח א: כתב מינוי 126

נספח ב: חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי — דיני המחלול לפי חוק הקרקעות העות'מאני 128

נספח ג: חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי — סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי 130

נספח ד: חוות דעת גב' בינת שוורץ-מילנר — תכנון צמוד דופן באיו"ש 148

נספח ה: חוות דעת עו"ד אחז בן-ארי — איחוד וחלוקה באיו"ש 156

מבוא

1 § ביום 15.2.2016 מינה ראש הממשלה מר בנימין נתניהו את הצוות המקצועי "לצורך גיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות בישובים יהודיים ביהודה ושומרון שהוקמו תוך מעורבות של הרשויות". לחברי הצוות המקצועי מונו עו"ד ד"ר חיה זנדברג, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה דאז – יו"ר; עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז; עו"ד רונן פרץ, מזכירות הממשלה; גב' בינת שוורץ, ראש מנהל התכנון דאז; ד"ר חגי ויניצקי, איש אקדמיה.[1]

2 § כעולה מכתב המינוי, עבודת הצוות היא המשך לעבודת הצוות שהקים ראש הממשלה ביום 19.7.2015, צוות אשר בראשו עמד בזמנו ד"ר אביחי מנדלבליט, מזכיר הממשלה דאז והיועץ המשפטי לממשלה דהיום.

3 § עו"ד ערן בן-ארי ממשרד הביטחון מונה למזכיר הצוות המקצועי. הצוות הסתייע רבות וטובות במשפטנים ובאנשי המקצוע המעולים והמסורים של שירות המדינה: המשפטן **אבי מאיר** ומר **שריה דמסקי** ממשרד החקלאות (עד לפרישתו של מר דמסקי); מר קובי אלירז ממשרד הביטחון; עו"ד **אריאל שמואל** ממשרד ראש הממשלה וגב' **ענבר וייס** ממנהל התכנון (עד לפרישתה).

4 § ביום 21.5.2017 התקבלה החלטה מספר ב/206 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) בעניין "הקמת צוות משימה ייעודי להסדרת מעמדם של מבנים ושכונות ביהודה ושומרון". תכליתו של צוות המשימה שהוקם היא ליישם את המלצותיו של הצוות המקצועי.

5 § בהתאם לכך, ובחלוף שנתיים מעת המינוי, להלן הדו"ח המסכם מטעם הצוות המקצועי. דו"ח זה מסכם את עבודת הצוות עד כה, והוא נועד לסייע לצוות המשימה במילוי תפקידו וכן לסייע למי שיבואו אחרינו וישלימו את עבודתנו.

6 § להכנתו של הדו"ח הנוכחי קדמו ישיבות רבות, מפגשים עם אנשי המנהל האזרחי, סיורים בשטח ובעיקר עיון במסמכים רבים, בדברי החקיקה ובפסיקה הענפה הקיימת בתחום.

7 § העקרונות המנחים המהותיים אשר שימשו בכתיבתו של דו"ח זה הם שלושה:

ראשית, הקפדה על הגנה על זכויותיהם של התושבים המוגנים,[2] קלה כחמורה, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי.

שנית, ניסיון להביא להסדרתם של יישובים ושכונות ישראליים הקיימים באיו"ש, ואשר הוקמו בתמיכתן של רשויות המדינה. הכול, כפי שנצטווינו על ידי הדרג המדיני, שהוא הגורם המוסמך והמחייב בעניין, ובהתאם להוראות המחייבות הקבועות בדין.

שלישית, פעולה לפי המסגרת המשפטית *הקיימת* באיו"ש במועד הוצאתו של דו"ח זה.[3] אין אנו מביעים כל עמדה בשאלה מה בנוגע להיתכנות הסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות תיקוני חקיקה כאלו ואחרים.

---

[1] העתק כתב המינוי מצורף כ**נספח א** לדו"ח זה. גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון במשרד האוצר, ומר אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון, פרשו מן הצוות בעקבות פרישתם משירות המדינה. תודת חברי הצוות נתונה להם על עבודתם המעולה.

[2] להגדרתם של "תושבים מוגנים", ראו § 14 להלן.

§ 8 חלק לא מבוטל מדו"ח זה יוקדש לסקירת המצב הנוהג באיו"ש. זאת, שכן הרושם הברור שלנו מהמצב באיו"ש הוא שאדם סביר מתקשה לעיתים למצוא את ידיו ואת רגליו בהבנת התחום. לטעמנו, ההבהרה והשקיפות הן ראשית הדרך להסדרה ולפעולה שהיא לטובת כלל התושבים באיו"ש, תושבים מוגנים ותושבים ישראלים כאחד.

§ 9 הערה נוספת לנו בפתח הדברים: עמדתה **הרשמית** של מדינת ישראל היא כי "למדינת ישראל, כמדינת העם היהודי, יש זכות ותביעה לאזורים שמעמדם שנוי במחלוקת בארץ ישראל" (החלטת ממשלה מס' 5251 מיום 2.12.2012).[4] בית המשפט העליון פסק ושב ופסק כי סוגיית ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא סוגיה שאינה שפיטה, בהיותה סוגיה השנויה במחלוקת ציבורית. כדברי כב' השופט גולדברג במסגרת עתירה שבה נתקפה חוקיותה של ההתיישבות באיו"ש:

> *"זכותם של העותרים להניח 'מוקש משפטי' על ספו של בית המשפט, אולם אין על בית המשפט לדרוך על מוקש אשר עלול לקעקע את יסודותיו, שהם אמון הציבור בו"* (ראו בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 210 (1983). כן ראו בג"ץ 6130/12 **מועצה כפרית מח'מאס נ' שר הבטחון**, פורסם **בנבו** (2012)).

§ 10 עוד נקבע בפסיקה כי בלי להידרש לסוגיה השנויה במחלוקת האמורה, לרצונה, מדינת ישראל קיבלה עליה לפעול באיו"ש בהתאם לדינים ההומניטריים הקבועים במשפט הבינלאומי באשר לשטחים המוחזקים ב"תפיסה לוחמתית". הכוונה, בעיקרם של דברים, לדינים הקבועים באמנת האג, 1907, שהיא אמנה מְנהגית, ולהוראות ההומניטריות הכלולות באמנת ז'נבה הרביעית (ראו בג"ץ 785/87 **עפו נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד מב(2) 1 (1988); בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(2) 197 (1983)). כן ראו, למשל, דברי הנשיא לנדוי, המפנה לדברים שכתב הנשיא מאיר שמגר בתקופת כהונתו כיועץ משפטי לממשלה, ולפיהם:

> *"החלטתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית (ראה מאמרו של M. Shamgar "The Observance of international law in the administered Territories" 1 Israel Yearbook on Human Rights (1971) 262) היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית-משפט זה לעסוק"* (בג"ץ 698/80 **קוואסמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לה(1) 617, 627-628 (1980)).

§ 11 בהתאם לכך, בדו"ח זה פעלנו על פי פסיקתו האמורה של בית המשפט העליון הנכבד ולא הבענו כל עמדה בסוגיה שאינה שפיטה ואשר נוגעת להתיישבות באיו"ש, וכל העת הקפדנו הקפד היטב, בהתאם לפסיקה ולמדיניות המתוארים, על עקרון ההקפדה על הוראות המשפט הבינלאומי המְנהגי וההומניטרי והצבנו אותו כנר לרגלנו. הדברים יתחוורו מתוך העיון בדו"ח זה.

§ 12 הדו"ח יהיה בנוי כדלקמן:

---

[3] יצוין כי ביני וביני ביום 6.2.2017 התקבל בכנסת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017. כיום תלויות ועומדות בבית המשפט העליון כמה עתירות התוקפות את החוק (בג"ץ 1308/17, בג"ץ 2055/17), שבמסגרתן הוצא צו ביניים. אין אנו מביעים כל עמדה באשר לעתירות אלו.

[4] לפירוט עמדתה **הרשמית** של מדינת ישראל, ראו באתר משרד החוץ:

http://mfa.gov.il/MFA/AboutIsrael/State/Law/Pages/Israeli%20Settlements%20and%20International%20Law.aspx.

לסקירת העמדות החולקות, ראו את העמדות שהובאו במסגרת העתירות בבג"ץ 1308/17, בג"ץ 2055/17.

ב*פרק הראשון* נציג את ארבעת התנאים הנדרשים בדין לשם הסדרתם של יישוב או שכונה באיו״ש (התנאי *הקנייני*, התנאי *התכנוני*, התנאי *המוניציפלי* והתנאי שעניינו *אישור הדרג המדיני* בדבר הקמת יישוב).

בפרק השני, השלישי, הרביעי והחמישי נעמוד על ארבעת התנאים הללו מקרוב.

ב*פרק השני* נעמוד על *התנאי הקנייני* ועל הדינים החלים באיו״ש בתחום המקרקעין;

ב*פרק השלישי* נעמוד על הדינים החלים באיו״ש בתחום *התכנון והבנייה*;

ב*פרק הרביעי* נעמוד על הדינים החלים באיו״ש בתחום *המשפט המוניציפלי*;

ב*פרק החמישי* נעמוד על הדינים החלים באיו״ש מבחינת הדרישה לאישור הדרג המדיני להקמת יישוב באיו״ש.

כשהמסגרת המשפטית המתוארת, על ארבעת ראשיה (הראש הקנייני, הראש התכנוני, הראש המוניציפלי והראש שעניינו אישור הדרג המדיני) תהיה מונחת לפנינו, נוכל לגשת להצגת הבעיות, שניצבו לפתחנו, כמו גם להצגת המלצותינו לפתרונן של בעיות אלו.

על כן, ב*פרק השישי* נציג ונאפיין את השאלות שעלו בפנינו, ואת המלצותינו לפתרונן.

לבסוף, *נסכם* את הדברים, ונציג את תמצית ההמלצות.

פרק ראשון: התנאים להסדרה של יישוב או שכונה באיו"ש

§ 13 באיו״ש ארבעה תנאים צריכים להתקיים כדי שיישוב או שכונה ישראליים יהיו מוסדרים כדין (ראו למשל בג״ץ 5853/04 **אמנה נ׳ ראש הממשלה**, פ״ד נט(2) 289(2004)):

(א) *התנאי הקנייני* – היישוב או השכונה צריכים להיות מוקמים על קרקע שהיא בבעלות המדינה או שהמדינה זכאית להחזיק בה כדין או על קרקע שנרכשה כדין על ידי אזרח ישראלי (להלן – ״אדמות מוחזקות כדין״).

(ב) *התנאי התכנוני* – היישוב או השכונה צריכים להיות מוקמים בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים במקום.

(ג) התנאי *המוניציפלי* – היישוב או השכונה צריכים להשתייך לרשות מוניציפלית מוכרת ומוסדרת.

(ד) התנאי בדבר *אישור הדרג המדיני* – הקמת היישוב צריכה להיות על פי החלטת ממשלה.

§ 14 חלק מהתנאים שלעיל הם ייחודיים להתיישבות הישראלית באיו״ש. למשל, התנאי הקנייני ייחודי להתיישבות הישראלית באיו״ש. במדינת ישראל ובעולם הרחב אין כל קשר בין הקמתו של יישוב לבין הבעלות במקרקעי היישוב. יישוב יכול להיות מוקם על קרקע מדינה או על קרקע פרטית של מאן דהוא, וכך מקובל וטבעי. אך באיו״ש המצב שונה: יישוב ישראלי באיו״ש מוקם כדין אך ורק על אדמות מוחזקות כדין. בדרך זו מובטחת ההגנה על הקניין הפרטי שניתנת לתושבים המוגנים. ״תושבים מוגנים״ הוא ביטוי שיסודו במשפט הבינלאומי, והוא עוסק ב״תושבי הכפרים, אשר הינם בבחינת ׳תושבים מוגנים׳ (Protected Persons)״ (בג״ץ 2150/07 **אבו צפייה נ׳ שר הביטחון**, פ״ד סג(3) 331, בפסקה 20 לפסק הדין (2009)).

§ 15 כמו כן, חלק מהתנאים הללו לובשים באיו״ש לבוש ייחודי. למשל, התנאי התכנוני. ברגיל, כדי שיישוב יהיה חוקי ומוסדר, היישוב צריך להיבנות בהתאם לדיני התכנון והבנייה, ועל דינים אלו חולשים שיקולים *תכנוניים*. באיו״ש – *נוסף על כך* – נוצר קשר בין תוקפה של התוכנית לבין התנאי *הקנייני*: במקום שתוכנית מיועדת לבניית שכונה או יישוב ישראליים, תאושר התוכנית באיו״ש רק אם היא משתרעת כולה על אדמות מוחזקות כדין. מצב תכנוני זה הוא ייחודי לאיו״ש. במדינת ישראל ובעולם הרחב תחום השתרעותה של תוכנית נקבע בעיקרו בהתאם לשיקולים תכנוניים ולא בהתאם לשיקולים קנייניים. שוב אנו רואים את ההגנה על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים, הפעם באמצעות דיני התכנון והבנייה.

§ 16 התנאי המוניציפלי אף הוא לובש לבוש ייחודי באיו״ש: כיום, תחום השיפוט של הרשות המוניציפלית נקבע באיו״ש תוך זיקה לתנאי הקנייני. כלומר, כיום תחום שיפוטן של הרשויות המוניציפליות החולשות על ההתיישבות הישראלית באיו״ש משתרע אך ורק על אדמות מוחזקות כדין (יצוין כי בעבר זה לא היה תמיד המצב, והמדיניות הנקוטה בעניין זה בעבר הייתה שונה). לבוש זה אף הוא ייחודי לאיו״ש. ברגיל, אין כל קשר בין קביעת תחום השיפוט של רשות מוניציפלית לבין הבעלות במקרקעין, אלא תחום שיפוטה של רשות מוניציפלית נקבע לפי שיקולים מוניציפליים. לא כך הוא באיו״ש. שוב ניכרת ההגנה על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים בכל הנוגע להתיישבות הישראלית באיו״ש, הפעם באמצעות הדינים המוניציפליים.

§ 17 כמו כן לעיתים קיימים קשרי גומלין בין ארבעת התנאים דלעיל, הייחודיים לאיו״ש. למשל, משיקולים *תכנוניים* רשויות התכנון אינן מאשרות תוכנית ליישוב או לשכונה אם אין דרך גישה אליהם. באיו״ש

שיקול תכנוני זה כרוך בשיקול קנייני: כדי שהתוכנית תאושר על ידי רשויות התכנון, היא חייבת לכלול דרך גישה, ודרך הגישה צריכה לעבור כולה על אדמות מוחזקות כדין.[5]

18 § כללם של דברים, באיו״ש יש לבחון את התקיימותם של ארבעה תנאים כדי להביא להסדרת יישוב או שכונה ישראליים. על ארבעת התנאים הללו כולם חולש התנאי הקנייני, המחייב כי ההתיישבות הישראלית באיו״ש תוקם על אדמות מוחזקות כדין. הכול בשל ההגנה על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים.

19 § בהתאם לכך, נעמוד עתה מקרוב ובפירוט על ארבעת התנאים האמורים, ונתחיל בתנאי המרכזי, הוא התנאי הקנייני.

[5] בהתאם לקביעת היועץ המשפטי לממשלה, במקרים מתאימים אפשר להפקיע קרקע לצורך הסדרת דרך גישה ליישוב. ראו 120 § להלן.

פרק שני: היבטים קניינים באיו"ש

פרק 2.1: "קרקעות מוחזקות כדין"

§ 20 כאמור בפרק הקודם, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו יישובים מוסדרים כדין מן הבחינה הקניינית, היישוב או השכונה צריכים להיות בנויים על ״אדמות מוחזקות כדין״.

§ 21 ״אדמות מוחזקות כדין״ נחלקות לשלושה סוגים:[6]

(א) קרקעות שהן *בבעלות* המדינה – ובהן נדון בפרק 2.3–2.6.
(ב) קרקעות שהמדינה *מחזיקה* בהן כדין – ובהן נדון בפרק 2.7–2.10.
(ג) קרקעות *שנרכשו* כדין על ידי אזרח ישראלי – ובהן נדון בפרק 2.13–2.15.

§ 22 נפרט את הדינים הנוגעים לכל אחד משלושת הסוגים הללו, ונתחיל בקרקעות שהן *בבעלות* המדינה. כמו כן נתייחס בהמשך (בפרק 2.11) גם לקטגוריה המיוחדת המכונה ״אדמות היהודים״.

פרק 2.2: קרקעות בבעלות המדינה במקרקעין – כללי

§ 23 קביעת הבעלות במקרקעין באיו״ש מורכבת וסבוכה עד מאוד. אדם סביר מתקשה לעיתים למצוא את ידיו ואת רגליו בהבנת התחום. אם נבקש לנסות להתיר את הסבך שנוצר בתחום נוכל לומר כי קרקעות שהן *בבעלות* המדינה[7] כוללות את הקרקעות הללו:

- קרקעות *שרשומות* במרשם המקרקעין על שם המדינה;
- קרקעות שעברו תהליך של בירור מעמדן *הוצאת תעודת הכרזה* שלפיה הן נחשבות בבעלות המדינה;

---

[6] הסוגיה של ״אדמות מוחזקות כדין״ קשורה פעמים רבות למה שמכונה ״רכוש ממשלתי״, שכן ״אדמות מוחזקות כדין״ כוללות בין היתר במידה רבה ״רכוש ממשלתי״. ״רכוש ממשלתי״ מוגדר בסעיף 1 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס׳ 59), התשכ״ז–1967 (להלן – צו 59) כך:

״׳רכוש ממשלתי׳ –

(1) רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה:

(א) למדינת אוייב [שמוגדרת כ׳ממלכה הירדנית ההאשמית או כל מדינת אויב אחרת[...];

(ב) לתאגיד אשר למדינת אוייב זכות כלשהיא בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שיש עמה שליטה ובין שאין עמה שליטה;

או רכוש שאחד מהם היה שותף בו;

(2) מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה״ל ועבור רשות מרשויות צה״ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבניה;

(3) רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו״.

״הממונה על הרכוש הממשלתי״ הוא מי שמינה המפקד הצבאי לפי צו 59 לנהל את הרכוש הממשלתי. למעשה, ובהכללה מסוימת, יישוב ישראלי מוקם באיו״ש כדין מן הבחינה הקניינית במקום שהמקרקעין שעליהם הוקם היישוב מנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי או במקום שהמקרקעין נרכשו על ידי אזרח ישראלי. הדברים יתחוורו מתוך העיון בדו״ח זה.

[7] השימוש במונח ״בעלות״ בגוף הדברים נעשה בהתאם לכינוי המקובל. עם זאת יש לזכור כי לפי כללי המשפט הבינלאומי הממשל הצבאי אינו נחשב כמי שנהנה מזכות הבעלות ב״אדמות המדינה״ אלא כמי שמנהל אותן בהיעדרו של ״הריבון״ בשטח, ואגב ניהול זה הוא רשאי להשתמש בשטח זה וליהנות מפירותיו. ראו תקנה 55 לתקנות האג. כן ראו בג״ץ 9717/03 **נעלה נ׳ מת״ע**, פ״ד נח(6) 97 (2004).

- קרקעות שהבעלות בהן *הופקעה* לטובת המדינה בהתאם לדיני ההפקעה הירדניים החלים במקום. כגון ההפקעות שעשו שלטונות ירדן באיו״ש בשנים 1948 עד 1967.

§ 24 כלומר, כשאנו מדברים על קרקעות בבעלות המדינה באיו״ש אנו מדברים למעשה על אדמות *רשומות*, אדמות *מוכרזות* ואדמות *מופקעות*. הדברים יובהרו כעת.

פרק 2.3: קרקעות רשומות על שם המדינה

התליית ההסדר

§ 25 המורכבות בבירור סוגיית הבעלות באיו״ש נובעת בראש ובראשונה מהתליית הליכי ההסדר, התליה שמונעת קביעה חותכת וברורה של הבעלות. הליך הסדר המקרקעין הוא ההליך שיוצר את הוודאות בתחום המקרקעין. במסגרת הליך ההסדר נקבעות באופן חותך וסופי זכויות הקניין בחלקה (בעלות, שכירות, וכיוצא בזה), וכן נקבעים באופן חותך וסופי – והדבר חשוב לא פחות – גבולותיה של החלקה.

§ 26 בישראל הליך ההסדר מתבסס על פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ״ט–1969, שהיא במקורה פקודה מנדטורית. הודות להליך ההסדר, שהחל בישראל כבר בתקופת המנדט הבריטי ונמשך על ידי מדינת ישראל לאחר הקמת המדינה, יותר מ-95% מהמקרקעין במדינה מוסדרים והגבולות של החלקות והבעלות בהם ברורה וידועה.

§ 27 באופן דומה, גם באיו״ש התחילו הבריטים בהליך של הסדר מקרקעין המסתמך על אותה פקודה מנדטורית, והירדנים המשיכו בהסדר המקרקעין בתקופה שבין 1948 ועד 1967 בהסתמכם על חוק ירדני, שהירדנים חוקקו, הדומה עד מאוד בעיקריו לפקודת ההסדר המנדטורית: *חוק הסדר הקרקעות והמים, מס׳ 40 לשנת 1952* (להלן – חוק ההסדר הירדני).

§ 28 בהתאם לחקיקה זו, עד שנת 1967 הסתיימה הסדרתם של כשליש מהמקרקעין באיו״ש. ואולם משנת 1967 ואילך ועד ימינו אלה הופסקו למעשה הליכי הסדר המקרקעין באיו״ש. בדצמבר 1968 חוקק המפקד הצבאי את *הצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון) (מס׳ 291), התשכ״ט–1968*. הצו קובע שכל הליכי הסדר המקרקעין באיו״ש יותלו. ואכן, מאז כל הליכי ההסדר באיו״ש מותלים ואין אפשרות לקדמם.

§ 29 התוצאה היא שמבחינה מעשית נוצר באיו״ש מצב ״קפוא״, שבו בנוגע לשליש מהמקרקעין בלבד קיימת ודאות, ובעניין שני שלישים מהמקרקעין – שהם חלק הארי של המקרקעין באיו״ש – איננו יודעים בצורה חותכת מי הבעלים שלהם ומה הגבולות המדויקים והמוגדרים של החלקות. חוסר ודאות זה קשה מנשוא.

§ 30 על כל פנים, במסגרת הליכי ההסדר שערכו באיו״ש הבריטים והירדנים נרשמו מקרקעין מסוימים בבעלות המדינה (לרוב מדובר ברישום על שם הממלכה הירדנית ההאשמית, תאגיד בשליטתה או זרוע מזרועותיה). **מקרקעין שנרשמו במסגרת הליך ההסדר כמקרקעין שהם בבעלות המדינה, הם בוודאי מקרקעין *רשומים* שהם בבעלות המדינה.**

"רישום ראשון"

§ 31 מצב שבו הסדר המקרקעין מותלה, על חוסר הוודאות הנובע ממנו, הוא מצב קשה מנשוא. על כן התפתח באיו״ש בעוצמה מוסד ה״רישום הראשון״ מתוך ניסיון לתת פתרון, ולו חלקי, למצב שנוצר בשל התליית ההסדר. הליך של ״רישום ראשון״ הוא הליך שבמסגרתו נרשמים בפנקסי המקרקעין בפעם הראשונה מקרקעין שלא היו רשומים קודם לכן בפנקסי רישום המקרקעין, תוך שנקבעים גבולותיהם והבעלות בהם. נבהיר במה דברים אמורים.

32 § קיימים שני סוגים של פנקסי מקרקעין: פנקס הזכויות ופנקס השטרות. מקרקעין שעברו הליך של הסדר נרשמים בפנקס הזכויות. לעומת זאת מקרקעין שעברו הליך של "רישום ראשון" נרשמים בפנקס השטרות. שני הפנקסים – פנקס הזכויות ופנקס השטרות – מנוהלים בישראל על ידי האגף לרישום מקרקעין, ובאיו"ש על ידי קמ"ט רישום מקרקעין. הרישום בפנקסים אלו מכונה בז'רגון "רישום בטאבו".

33 § פנקס הזכויות, כאמור, הוא הפנקס המתנהל לאחר הליך של הסדר מקרקעין. על כן, בהתאם לאופיו החותך של הליך ההסדר, מקרקעין שנרשמו בפנקס הזכויות הם מקרקעין שקביעת הבעלות בנוגע להם היא *חותכת* (ראו סעיף 16 לחוק ההסדר הירדני. כן השוו לסעיף 125(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, שלפיו "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתכנו").

34 § לעומת זאת רישומם של מקרקעין בפנקס השטרות לאחר הליך של "רישום ראשון" *אינו* רישום חותך, אם כי הרישום הוא בעל משקל נכבד בכל הנוגע להוכחת הבעלות. בישראל הליך ה"רישום הראשון" מביא למצב שבו רישום המקרקעין בפנקס השטרות הוא בבחינת "ראיה *לכאורה*" לנכונות האמור בו (ראו סעיף 125(ב) ו-139 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969). באיו"ש תוצאותיו של הליך ה"רישום הראשון" קרובות עד מאוד, מבחינת סופיותו של ההליך, להליך הסדר המקרקעין.

35 § הליך ה"רישום הראשון" באיו"ש מתבצע לפי חוק ירדני: *חוק נכסי דלא ניידי שלא נרשמו קודם, מס' 6 לשנת 1964*, כפי שתיקן המפקד הצבאי ב*צו בדבר תיקון חוק נכסי דלא ניידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון)(מס' 1621), התשס"ט–2008*.

36 § החוק הירדני המתוקן הוא שקובע את הליכי הבירור המפורטים המתקיימים במסגרת הליך של "רישום ראשון" באיו"ש, והוא שקובע כי רישומם של מקרקעין שנרשמו ב"רישום ראשון" הוא חותך וסופי כמעט לחלוטין, באופן המקרבם להליך הסדר של ממש. סעיף 8(ב) לחוק נכסי דלא ניידי הירדני הנ"ל קובע:

"אם הנכס נרשם בספרי המקרקעין [ב"רישום ראשון"], ייחשב הרישום כסופי ולא ניתן לערער עליו בפני בתי המשפט; ואולם לנפקד, למשוגע, ללקוי בשכלו או לקטין, תהיה זכות להגיש תביעה נגד הבעלים שנרשמו בספרי המקרקעין ונגד מי שהמקרקעין נרשמו בשמו לאחר מכן, מכוח ירושה, מכר או בדרך אחרת".

37 § כלומר, מקרקעין באיו"ש שנרשמו ב"רישום ראשון" קרובים עד מאוד להיות מקרקעין מוסדרים, ולכן יש המכנים את הליך ה"רישום הראשון" באיו"ש "הסדר בזעיר אנפין" או "מיני הסדר" (ראו והשוו, למשל, בג"ץ 189/99 **עאמר נ' אדם**, פ"ד נד(1) 498, 509 (2000); בג"ץ 1299/11 **צורים 2000 בע"מ נ' ראש המִנהל האזרחי**, פורסם **בנבו** (2012), בפסקה 3 לפסק הדין).

38 § מהם, בכל זאת, ההבדלים העיקריים בין הליך של "רישום ראשון" באיו"ש לבין הסדר מקרקעין? ההבדל המהותי הוא שהליך של הסדר הוא פעולה **יזומה** של השלטון בנוגע לאזור נרחב, מתוך בירור מלא של מערך הזכויות בכל תא שטח, ושל **יחסי הגומלין ביניהם.** לעומת זאת "רישום ראשון" הוא יוזמה של **הפרט** (או של המדינה בכובעה כבעלת זכויות במקרקעין), באשר ליחידת שטח שבה הוא טוען לזכויות, והוא כולל בירור זכויות של **אותה יחידה** בלבד, בלי לבחון את השתלבות הזכות במארג כלל הזכויות במקרקעין באותו אזור (למעט בחינת עמדת המחזיקים הגובלים).

39 § הבדל חשוב נוסף בין הסדר מקרקעין ל"רישום ראשון" נוגע להתיישנות. מקרקעין שעברו הליך של הסדר – אי אפשר לרכוש בהם זכויות נוגדות מכוח התיישנות (ראו סעיף 14-16 לחוק ההסדר הירדני, והשוו בישראל לסעיף 159(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969). לעומת זאת במקרקעין שעברו הליך של "רישום ראשון" חלים דיני ההתיישנות.

§ 40 עוד הבדל עניינו הנשיאה בעלויות. הליך הסדר המקרקעין והליך ה"רישום הראשון" באיו"ש הם הליכים שעלויותיהם גבוהות, והם אורכים זמן רב. בעלויותיו של הליך ההסדר נושאת המדינה. לעומת זאת עלויות הליך ה"רישום הראשון" נופלות על כתפי מבקש הרישום.

§ 41 הבדלים מהותיים אלה בין ההליכים מוביל להבדל מעשי נוסף: הגם שאין הכרח בדבר, מעשית הליכי ה"רישום הראשון" יתייחסו בדרך כלל לשטחי קרקע שאינם גדולים. מנגד, הליכי הסדר המקרקעין עוסקים באופן טיפוסי בשטחי קרקע גדולים. רק במקום שהמדינה – או גורם אחר בעל יכולת כלכלית – היא שפתחה בהליך הרישום הראשון כדי שהקרקע תירשם בבעלותה, והמדינה היא שנושאת בעלויותיו היקרות של ההליך, אזי בהחלט יכול שהליך ה"רישום הראשון" ישתרע על שטחי קרקע גדולים.

§ 42 לפיכך, ברור שהליכי ה"רישום הראשון" אינם יכולים למלא את החסר שיצרה התליית ההסדר. מדובר ב"טיפה בים" המקרקעין הבלתי מוסדרים.

§ 43 מכל מקום, **מקרקעין שנרשמו בפנקס השטרות בעקבות הליך של "רישום ראשון" כמקרקעין שהם בבעלות המדינה הם בוודאי בבחינת מקרקעין רשומים, שהם בבעלות המדינה.**

§ 44 הנה כי כן, ראינו ש"מקרקעין מוחזקים כדין" כוללים מקרקעין שהם ב*בעלות* המדינה. עוד ראינו כי מקרקעין שהם בבעלות המדינה כוללים מקרקעין ה*רשומים* בבעלות המדינה בפנקסי המקרקעין. הרישום יכול להיות בין שבפנקס הזכויות (לאחר הליך של הסדר), בין שבפנקס השטרות (לאחר הליך של "רישום ראשון").

§ 45 למען שלמות התמונה נציין כי קיימים אף סוגי מקרקעין הרשומים במרשמי המקרקעין השונים באיו"ש שלא עקב הליך "רישום ראשון". כך הוא המצב, למשל, בנוגע למקרקעין הרשומים על שם השליט בשיטת הרישום הקדומה בפנקסים העות'מאניים (על בסיס הוצאת שטר קניין – קושאן – על שם המדינה); מקרקעין הרשומים על שם המדינה בפנקסי שטרות מהתקופה הבריטית או הירדנית; מקרקעין שהליך ההסדר בהם לא הגיע לכלל סיום אלא נעצר בשלב ביניים כלשהו של ההסדר (כגון בשלב של "לוח תביעות" או "לוח זכויות", שגם בהם יכול להופיע רישום על שם המדינה) וכדומה.

§ 46 בין כך ובין כך, **יישוב או שכונה ישראליים שיוקמו על קרקעות הרשומות במרשם המקרקעין כקרקעות שהן בבעלות המדינה, יהיו יישוב או שכונה שהוקמו כדין מן הבחינה הקניינית.** אין בהקמתם כל פגיעה שהיא בקניין הפרטי של מאן דהוא.

§ 47 משהבהרנו עניין זה של "מקרקעין *רשומים*" ניתן כעת לפנות ולהבהיר מהם "מקרקעין *מוכרזים*", אך תחילה נסכם בקצרה את דברינו.

48 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו״ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם יימצאו על ״אדמות המוחזקות כדין״ על ידי המדינה או בקרקעות שנרכשו כדין על ידי ישראלים.

(ב) ״אדמות המוחזקות כדין״ על ידי המדינה כוללות, בין היתר, אדמות שהן *בבעלות* המדינה.

(ג) אדמות שהן בבעלות המדינה כוללות, בין היתר, אדמות *הרשומות* בפנקסי המקרקעין על שם המדינה.

(ד) קיימים שני פנקסים שבהם רשומים מקרקעין: פנקס הזכויות ופנקס השטרות. באיו״ש שני הפנקסים מנוהלים על ידי קמ״ט רישום מקרקעין. הרישום בפנקסי המקרקעין מכונה בז׳רגון ״רישום בטאבו״.

(ה) פנקס הזכויות הוא פנקס שבו נרשמים מקרקעין לאחר שהבעלות בהם התבררה בהליך מקיף, המכונה הליך ״הסדר מקרקעין״. קביעת הבעלות הנעשית במסגרת הליך כזה היא חותכת, וכמעט שאי אפשר לסתור אותה.

(ו) פנקס השטרות הוא פנקס שבו נרשמים מקרקעין לאחר שהבעלות בהם התבררה בהליך המכונה ״רישום ראשון״. באיו״ש הליך הרישום הראשון הוא הליך של ״הסדר בזעיר אנפין״. קביעת הבעלות על פיו היא מכרעת, אך היא אינה חותכת, ובמקרים מסוימים אפשר לסתור אותה.

(ז) **רק כשליש מהמקרקעין באיו״ש** עברו הליך של הסדר, והבעלות הקניינית בהם ברורה ורשומה בפנקס הזכויות. אין נתונים על היקף המקרקעין באיו״ש שעברו הליך של ״רישום ראשון״, אך עדיין ברור כי חלק הארי של המקרקעין באיו״ש אינו רשום בפנקסי המקרקעין, לא בפנקס הזכויות ולא בפנקס השטרות.

(ח) **יישוב או שכונה ישראליים שנבנו באיו״ש על גבי מקרקעין *הרשומים* על שם המדינה בפנקסי המקרקעין – בין שבפנקס הזכויות בין שבפנקס השטרות (״רשומים בטאבו״) – הם יישוב או שכונה שבנויים כדין מהבחינה הקניינית,** שכן מקרקעין אלו הם מקרקעין המוחזקים כדין על ידי המדינה, ובנייה עליהם אינה פוגעת בקניין הפרטי של מאן דהוא.

פרק 2.4: קרקעות מוכרזות על שם המדינה

החלטת ממשלה מס' 145

§ 49 ביום 11.11.1979 קיבלה הממשלה את החלטה מס' 145,[8] בה נאמר כך:

"מחליטים (פה אחד):
*להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן, חבל עזה ורמת הגולן, על-ידי תוספת אוכלוסין ליישובים קיימים ועל-ידי הקמת יישובים נוספים על **קרקע שבבעלות המדינה...**"* (ההדגשה הוספה).

§ 50 בעקבות החלטת ממשלה זו התפתחה הפרקטיקה שזכתה לכינוי "הכרזה על אדמות מדינה", שעיקרה הוצאת תעודת הכרזה של הממונה על הרכוש הממשלתי במנהל האזרחי באשר למקרקעין שנמצאו ראויים להיחשב "אדמות מדינה" (הליך שברגיל **לא** היה מלווה ברישום פורמלי של המקרקעין על שם המדינה באחד מפנקסי המקרקעין), מתוך מתן אפשרות למי שרואה עצמו נפגע מכך להגיש ערר נגד הכרזה זו. בהתאם, פרקטיקה זו חלה אך ורק על קרקעות *שאינן* רשומות בפנקסי המקרקעין.

§ 51 הפרקטיקה האמורה נסמכת על דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש, ועל פיו נערך בירור מקיף בסוגיית הזכויות במקרקעין. כאשר הבירור מעלה כי הקרקע הנבדקת היא בבעלות המדינה, הקרקע *תוכרז* כ"אדמות מדינה". הפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה" היא הפרקטיקה המרכזית הנהוגה כיום לצורך הקמת יישובים ישראליים באיו"ש.

§ 52 יישוב ישראלי שהוקם באיו"ש על אדמות מדינה מוכרזות הוא יישוב שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן הוא הוקם על קרקע שבבעלות המדינה, ללא פגיעה בקניינו הפרטי של מאן דהוא. נפרט.

חוק הקרקעות העות'מאני

§ 53 כללי המשפט הבינלאומי הפומבי קובעים כי המפקד הצבאי ינהג "עד כמה שהדבר אפשרי, *מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה*" (תקנה 43 לתקנות האג). בהתאם לכך, בעקבות מלחמת ששת הימים, עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש, פרסם המפקד הצבאי ביום 7.6.1967 את מנשר מס' 1 ומס' 2. במנשר מס' 1 נאמר כי "צבא הגנה לישראל נכנס היום לאזור ונטל לידיו את השליטה וקיום הביטחון והסדר הציבורי באזור". במנשר מס' 2 נאמר כי "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על-ידי [מפקד כוחות צה"ל באזור], ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".

§ 54 כלומר, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, המפקד הצבאי קבע כי ימשיכו לחול באיו"ש הדינים שחלו באזור לפני כניסת כוחות צה"ל. על כן, כדי לברר מהן הקרקעות שהן ב"בעלות המדינה" יש לפנות לדין הקרקעות המהותי שחל באיו"ש ולבחון מתי לפי דין זה עניין לנו בקרקעות שהן בבעלות המדינה.

§ 55 דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש הוא חוק הקרקעות העות'מאני, 1858. חוק הקרקעות העות'מאני מוכר היטב למשפטן הישראלי, בהיותו החוק שנהג ערב תחילתו של חוק המקרקעין גם בישראל בעניין מקרקעין שאינם מוסדרים (סעיף 162(2) לחוק המקרקעין, התשכ"ט—1969).

§ 56 חוק הקרקעות העות'מאני קובע ב*סעיף 1* שהמקרקעין כולם נחלקים לחמישה סוגים:

---

[8] ברקע החלטת ממשלה זו מצויה פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **דויקאת** (בג"ץ 390/79, פ"ד לד(1) 1 (1979)). לפרשת **דויקאת**, ראו § 151 להלן.

(א) קרקע *מולק*, שהיא בהכללה המבנים, השטח המבונה של היישוב. קרקע מולק היא על פי רוב בבעלות *פרטית*;[9]

(ב) קרקע *מירי*, שהיא בהכללה קרקע חקלאית הסמוכה לתחום היישוב, והיא בבעלות המדינה (ה"אמיר", ומכאן שמה), אך הפרט יכול, אם מתקיימים תנאים מסוימים, לרכוש זכות להחזיק ולהשתמש בקרקע;

(ג) קרקע *מתרוכה*, שהיא קרקע המשמשת לצורכי ציבור, כגון דרכים. קרקע מתרוכה היא בבעלות הציבור, ואפשר לעשות בה שימוש רק לשם הצורך ציבורי שלו היא משמשת;

(ד) קרקע *מוואת* (קרקע מתה) – קרקע המרוחקת מתחום יישוב. קרקע מוואת היא בבעלות המדינה, והפרט ככלל אינו יכול לרכוש בה זכויות.[10]

(ה) קרקע שהיא הקדש (ווקף) – קרקע שהייתה במקורה בבעלות הפרט, והפרט בחר להקדיש את הקרקע לצורכי ציבור או לקרובי משפחה מסוימים.

§ 57 הפרקטיקה הנוגעת ל"הכרזה על אדמות מדינה" התפתחה בעיקרה בנוגע למקרקעין מסוג "מירי" ולמקרקעין מסוג מוואת (ולעיתים בנוגע למקרקעין מסוג "מתרוכה"), מאחר שסוגי המקרקעין הללו הם בבעלות המדינה.

§ 58 מורכבות מסוימת בהכרזה על אדמות מדינה קיימת בנוגע לקרקע מסוג "מירי", שכן הגם שנקודת המוצא היא שקרקע "מירי" היא בבעלות המדינה, הרי בהתמלא תנאים מסוימים הפרט יכול לרכוש זכות חזקה ושימוש בקרקע. נעמוד על מורכבות זו.

קרקע מירי

§ 59 נקודת המוצא של חוק הקרקעות העות'מאני היא כי קרקע "מירי" היא קרקע בבעלות המדינה. אולם חוק הקרקעות העות'מאני מוסיף וקובע שבחלוף 10 שנים[11] בהן אדם מחזיק ומעבד קרקע "מירי" עיבוד חקלאי מלא ברציפות, אזי האדם הפרטי – שהחזיק בקרקע ועיבד אותה – זכאי לקבל את זכות השימוש וההחזקה בקרקע (זכות השימוש וההחזקה מכונה בחוק הקרקעות "תצרוף"). כלשון סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני:

"אדמת מירי [...] שעיבד והחזיק בה אדם במשך עשר שנים באין מפריע, תיחשב זכות ההחזקה שלו כמוכחת".[12]

---

[9] בעבר היה לעיתים פיצול בין הבעלות בקרקע לבעלות במחוברים. במקרה זה הקרקע הייתה יכולה להיות קרקע "מירי" בבעלות המדינה, והמחוברים היו מבנים מסוג "מולק" בבעלות פרטית. ההפרדה בין הבעלות בקרקע לבעלות במחוברים, שהייתה אפשרית בעבר לפי חוק הקרקעות העות'מאני, מכונה "אינשאאת". ראו ש' בן-שמש "על דרכו האחרונה של רישום נפרד למבנים ולנטיעות (אינשאאת) **הפרקליט** כו (תש"ל) 40.

[10] ראו דברי בית המשפט העליון בע"א 4220/12 **אלעוקבי ז"ל נ' מ"י**, פורסם **בנבו** (2015), שלפיהם "לא ניתן לרכוש זכויות מכוח התיישנות במקרקעי מוואת" (שם, בפסקה 76 לפסק הדין).

[11] בישראל הוארכה תקופת ההתיישנות והיא עומדת על 15 שנים באשר למקרקעין לא מוסדרים. ראו סעיף 22 לחוק ההתיישנות, התשי"ח–1958.

[12] למען שלמות התמונה ראוי להזכיר גם את סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני. לפי חוק הקרקעות העות'מאני, יש להבחין בין התיישנות בקרקע "מירי" בין שני גורמים פרטיים לבין התיישנות בקרקע "מירי" בין גורם פרטי למדינה. בהתיישנות שטוען גורם פרטי באשר לקרקע של המדינה חל סעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, שהבאנו בגוף הדברים. לעומת זאת בהתיישנות בין שני גורמים פרטיים חל סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני. סעיף 20 לחוק הקרקעות העות'מאני קובע אף הוא תקופת התיישנות של 10 שנים, אולם הסעיף – שכאמור חל בסכסוכי מקרקעין במקום ששני גורמים פרטיים טוענים לזכויות בקרקע – קובע התיישנות

§ 60 *הבעלות* עצמה בקרקע ״מירי״ (המכונה ״רקבה״) לעולם נותרת בידי המדינה, אך זכות *החזקה והשימוש* בה יכולה להפוך לרכוש הפרט, אם הפרט החזיק ועיבד אותה במשך 10 שנים רצופות. יצוין כי ההבחנה בין רובד הבעלות בקרקע (״רקבה״) לרובד ההחזקה בקרקע (״תצרוף״) היא אחד ממאפייניו הברורים של הדין העות׳מאני. בעקבות ביטול סיווג המקרקעין העות׳מאני בחוק המקרקעין, התשכ״ט–1969 (סעיף 152-159 לחוק), הבחנה זו אינה נהירה תמיד למשפטן הישראלי, אך היא שרירה וקיימת באיו״ש.

§ 61 לפי סעיף 68 לחוק הקרקעות העות׳מאני, מי שהזניח את עיבוד הקרקע במשך 3 שנים (מה שמכונה ״מחלול״) – מאבד את זכותו להמשיך להחזיק בקרקע, ובכפוף לתנאים מסוימים הקרקע חוזרת להיות שוב בבעלות **מלאה** של המדינה.

§ 62 הגיונו של הדין העות׳מאני המתואר נובע מכך שקרקע מעובדת היא קרקע שהמעבד שילם בגינה מס יבול לשלטון. על כן השלטון העניק לפרט את הזכות להחזיק בקרקע רק במקום שהפרט המשיך לעבד את הקרקע בפועל והמשיך להעביר בגינה מיסוי לשלטון (ראו משה דוכן **דיני קרקעות במדינת ישראל** (מהדורה שניה, תשי״ג) 79).

§ 63 סיכומו של דבר, לפי חוק הקרקעות העות׳מאני, הבעלות בקרקע ״מירי״ נתונה למדינה, אך הפרט יכול לרכוש זכות חזקה ועיבוד בקרקע אם עיבד את הקרקע במשך 10 שנים רצופות ואם לא הזניח את העיבוד. הזכות שרוכש הפרט בקרקע ״מירי״ מכוח חזקה ועיבוד היא זכות ההחזקה והשימוש (תצרוף). זכות הבעלות עצמה בקרקע (רקבה) נותרת בידי המדינה.

§ 64 הפרקטיקה של הכרזה על אדמות מדינה היא פרקטיקה שכללה בירור מקיף של נושא החזקה והעיבוד בקרקע בהתאם לחוק הקרקעות העות׳מאני, לפי הדינים המתוארים (וכן בירור שהקרקע אינה רשומה בפנקסי המקרקעין). בסופו של הבירור הוכרזו ״אדמות מדינה״ רק קרקעות ״מירי״ שלא נמצא מי שעיבד אותן בהתאם להוראות חוק אלו.

הפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה": חוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל

§ 65 הפרקטיקה של ״הכרזה על אדמות מדינה״ היא פרקטיקה שהחלה להתפתח, כאמור, החל מסוף שנת 1979, בעקבות החלטת ממשלה מס׳ 145. הפרקטיקה כללה בירור עובדתי מקיף, ולאחריו הוצאה תעודה בדבר ״הכרזה על אדמות מדינה״. וכך פעלה הפרקטיקה המתוארת:

§ 66 עו״ד פליאה אלבק ז״ל, ששימשה בזמנו מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, הייתה עורכת בדיקות עובדתיות מקיפות ויסודיות ביותר עבור הממונה. הבדיקות שערכה עו״ד אלבק ז״ל כללו, בין היתר, סיורים בשטח, עיון בתצלומי אוויר, מפגש עם מוכתרי הכפרים, עיון בפנקסי המקרקעין ובפנקסי תשלומי המס (אם ישנם), פרסומים רבים וכל כיוצא בזה בדיקות המתחייבות מהדין המהותי ומהגיונם של דברים.

§ 67 בסיום בדיקתה המקיפה והיסודית, אשר כללה בחינה לחומרה של כל סוגיה, כתבה עו״ד אלבק ז״ל חוות דעת שבה הוגדרו השטחים שעל פי ממצאי בדיקתה הם בבעלות המדינה, בהתאם לחוק הקרקעות העות׳מאני. לחוות הדעת צירפה עו״ד אלבק ז״ל מפה, ועליה סימנה את השטחים שהם ״אדמות מדינה״, בהתאם לחוות הדעת.

דיונית בלבד. לעומתו, סעיף 78 – שחל בסכסוכי מקרקעין בין הפרט למדינה – קובע התיישנות מהותית באשר לזכות החזקה והשימוש בקרקע ״מירי״. ראו א׳ בן-שמש **חוקי הקרקעות במדינת ישראל** (התשי״ג) 55.

§ 68 בהתאם לחוות הדעת האמורה ולמפה שצורפה אליה, הכריז הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש על השטחים, שסומנו במפה – "אדמות מדינה". מה פירוש "הכריז" ומיהו ה"ממונה"? נסביר מייד.

הממונה על הרכוש הממשלתי וסעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי (צו 59)

§ 69 הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש הוא אדם שמונה על ידי המפקד הצבאי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו"ש, בדומה לרשות מקרקעי ישראל (בעבר – מִנהל מקרקעי ישראל), שמנהלת את מקרקעי ישראל בישראל.

§ 70 הממונה על הרכוש הממשלתי פועל ומתמנה מכוחו של צו אלוף: *צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז–1967* (להלן – הצו בדבר רכוש ממשלתי).

§ 71 ההכרזות על "אדמות מדינה" שבהן אנו דנים מבוצעות על ידי הממונה מכוחו של סעיף 2ג לצו בדבר רכוש ממשלתי. וזו לשונו של סעיף 2ג לצו:

"אישר הממונה בתעודה בכתב חתומה בידו כי רכוש כלשהו הוא רכוש ממשלתי, ייחשב אותו רכוש לרכוש ממשלתי כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר."

§ 72 משמעותו של הסעיף היא כי משאישר הממונה בתעודה בכתב כי רכוש מסוים הוא רכוש ממשלתי, קיימת חזקה (ניתנת לסתירה) כי הרכוש הוא אכן רכוש ממשלתי. תעודה זו של הממונה, שאליה מצורפים מפה או תיאור המקרקעין המוכרזים, זוכה בז'רגון לכינוי "הכרזה על אדמות מדינה". אומנם הכינוי המשפטי הרשמי של הכרזות אלו הוא "תעודה על רכוש ממשלתי", אולם משהנוהג הנפוץ הוא לכנות הכרזות אלו "הכרזה על אדמות מדינה", נשתמש אף אנו בכינוי זה.

§ 73 נשוב לתיאור הפרקטיקה שנוצרה להכרזה על "אדמות מדינה": בהתבסס על חוות הדעת של עו"ד פליאה אלבק ז"ל, נהג הממונה להוציא תעודה, לצרף אליה את המפות שנכללו בחוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל ולהודיע בתעודה זו שהקרקעות המסומנות במפות הן "אדמות מדינה".

§ 74 הוכרזו מקרקעין כ"אדמות מדינה", אפשר לערור על ההכרזה בפני ועדת העררים שהוקמה ופועלת לפי הצו בדבר ועדות עררים (אזור הגדה המערבית) (מס' 172), התשכ"ח–1967. ראו סעיף 2 לתוספת לצו.

§ 75 בהתאם לפרקטיקה המתוארת, הוקמו החל משנות ה-80 של המאה שעברה היישובים הישראליים החדשים באיו"ש על גבי קרקעות שהוכרזו "אדמות מדינה". בכך התקיים בעניין יישובים אלו התנאי שלפיו כדי שיישוב באיו"ש יהיה יישוב מוסדר כדין נדרש כי היישוב ייבנה על גבי קרקע המוחזקת כדין על ידי המדינה. היישוב הוקם על גבי קרקעות שלפי הדין החל במקום הן בבעלות המדינה, ועל כן אין בהקמת היישוב פגיעה בקניינו הפרטי של מאן דהוא.

§ 76 אם נבקש להציג פרקטיקה זו בצורה גרפית, נציגה כך:

חוות דעת על הבעלות לאחר בדיקה מקיפה ויסודית

↓

הכרזה פומבית על "אדמות מדינה"

↓

זכות ערר

↓

"אדמות סקר"

§ 77 הפרקטיקה המתוארת, שראשיתה כאמור בסוף שנת 1979, ואשר בוצעה בזמנו באמצעות חוות הדעת של עו"ד אלבק ז"ל, מבוצעת כיום על ידי אנשי המִנהל האזרחי באיו"ש באמצעות הליך דומה במאפייניו המרכזיים, המכונה "סקר".[13] המִנהל האזרחי הוא גוף שהקים המפקד הצבאי ומטרתו לנהל "את העניינים האזרחיים באזור [...] לרווחתה ולטובתה של האוכלוסייה ולשם הספקת השירותים הציבוריים והפעלתם, ובהתחשב בצורך לקיים מינהל תקין וסדר ציבורי באזור" (סעיף 2 לצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה והשומרון) (מס' 947), התשמ"ב–1981).

§ 78 בהתאם לכך, הביטוי "אדמות סקר", שבו נהוג להשתמש בהקשר זה, הוא ביטוי שמכוון לאדמות המצויות בהליך של בדיקה ובחינה ("סקירה") על ידי אנשי המִנהל האזרחי (או שקיימת היתכנות לכך). זאת מתוך כוונה להכריז בעתיד על האדמות כ"אדמות מדינה" אם יתברר שהן אכן עונות להגדרה של "אדמות מדינה". כלומר, "אדמות סקר" הן אדמות שנבחנת האפשרות להכריז עליהן "אדמות מדינה" או שקיימת היתכנות כי הן "אדמות מדינה".

צוות "קו כחול"

§ 79 ההכרזות הוותיקות, שנעשו במהלך שנות ה-80 ובראשית שנות ה-90 של המאה שעברה, התבססו – מטבע הדברים – על הציוד הטכנולוגי שהיה בנמצא באותם ימים. כיום מבוצעות ההכרזות מתוך הסתייעות במכשור מתקדם, הכולל מחשבים וכיוצא בזה.

§ 80 על כן ברבות השנים נוצר הצורך לדייק את ההכרזות הוותיקות ולהתאימן למציאות החיים הנוכחית. אחד הביטויים הידועים לצורך זה מכונה "עובי קו", לאמור: הקושי בהגדרת הקו שסומן על גבי המפות הוותיקות כגבול של השטח שהוכרז כ"אדמות מדינה". נבאר.

§ 81 המפות שנערכו במהלך שנות ה-80 ובראשית שנות ה-90 של המאה שעברה, ובהן סומנו בקו גבולותיהן של "אדמות המדינה", לא היו מפות ממוחשבות אלא מפות בקנה מידה של 1:20,000 או של 1:50,000. במפות אלו קשה לדעת היום מה בדיוק היה "עובי הקו" ומה היה בדיוק הגבול של השטח שהוכרז כ"אדמות מדינה", שכן קו שעובר במפה בקנה מידה שכזה משתרע במציאות על שטח לא קטן. במקרים מעין אלו עולה השאלה למה בדיוק הייתה הכוונה במסגרת ההכרזה על "אדמות מדינה" באשר לשטח זה.

§ 82 לשם כך הוקם בשנת 1999 במִנהל האזרחי באיו"ש "הצוות לתיחום אדמות מדינה", שזכה לכינוי (בז'רגון) "צוות קו כחול". כיום שמו הרשמי של הצוות הוא "צוות סטטוס מקרקעין". תפקידו של הצוות הוא לדייק את מפות ההכרזה הוותיקות של עו"ד אלבק ז"ל בעזרת הציוד המשוכלל העומד לרשותנו כיום ועל סמך מחקר משפטי ועובדתי שמטרתו להתחקות אחר כוונת העורכים של תעודת ההכרזה ההיסטורית. הכוונה היא שבכל פעם שרוצים לתכנן תוכנית לבנייה חדשה בשטח שהוכרז "אדמות מדינה", יהיו גבולותיה של התוכנית מדויקים וברורים ומתאימים לקנה המידה הנוהג בתכנון כיום. מכיוון שגבולותיה של תוכנית מכונים בז'רגון של המתכננים והאדריכלים "קו כחול" (או ה"קו הכחול של התוכנית"), מכונה

[13] מאפייניו המרכזיים של ההליך, שהם הוצאת תעודת הכרזה לאחר הליך בירור ומתן זכות ערר עליה, נותרו, כאמור, ללא שינוי. עם זאת על רקע השינוי במציאות המדינית בשטח במהלך שנות ה-90 ועקב הפסקת שיתוף הפעולה מצד המוכתרים של הכפרים בנוגע להליך ההכרזה, התחייבו שינויים והתאמות של הליך הבירור.

הצוות "צוות קו כחול". לאמור: הצוות, שתפקידו לוודא שגבולותיה של תוכנית לבנייה חדשה (גבולות המכונים "קו כחול") יתאמו מבחינה מהותית לגבולות ההכרזה על "אדמות מדינה".

§ 83 עם הקמתו, בסוף שנות ה-90 של המאה שעברה, לא הוגדרו בדיקות צוות "קו כחול" כחלק מהדרישות המתחייבות לנקיטת הליכי תכנון והקצאת מקרקעין באיו"ש, והועברו לבדיקת הצוות רק פרויקטים ספציפיים שבהם עלה קושי ממשי להתחקות אחר גבול אדמות המדינה המוכרזות. כיום הפכה בדיקת הצוות *לתנאי מקדמי* לקידום מרבית הליכי התכנון והקצאת המקרקעין בהתיישבות הישראלית באיו"ש.

§ 84 במסגרת עתירה התלויה ועומדת בימים אלו בבית המשפט העליון (בג"ץ 7986/14), הודיעה המדינה כי מיום 1.1.16 ואילך בכוונתה לפרסם את תוצרי עבודת צוות "קו כחול" ולאפשר למעוניינים בכך להשיג על עבודת הצוות בפני ראש המנהל האזרחי.

§ 85 על כל פנים, **יישוב או שכונה ישראליים שהוקמו על קרקעות שהוכרזו "אדמות מדינה", הם יישוב או שכונה שהוקמו כדין מן הבחינה הקניינית**, שכן הוקמו על קרקעות שנחשבות ב*בעלות* המדינה, בהתאם לדיני הקניין המהותיים החלים באזור. על כן אין בהקמתם כל פגיעה שהיא בקניין הפרטי של מאן דהוא.

86 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה.

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" על ידי המדינה כוללות, בין היתר, אדמות שהן *בבעלות* המדינה.

(ג) אדמות שהן בבעלות המדינה כוללות, בין היתר, אדמות *הרשומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3) ואדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה".

(ד) לעניין אדמות מוכרזות: אדמות שהוכרזו "אדמות מדינה" הן אדמות אשר לגביהן הוציא הממונה על הרכוש הממשלתי תעודה המכריזה כי הן "אדמות מדינה".

(ה) הממונה הוא אדם שמינה המפקד הצבאי כדי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו"ש. פעילות הממונה באיו"ש דומה לפעילותה של רשות מקרקעי ישראל, המנהלת את מקרקעי ישראל בשטח מדינת ישראל.

(ו) פירושה של ההכרזה שמוציא הממונה הוא כי קיימת חזקה שמדובר באדמות שהן בבעלות המדינה.

(ז) להכרזה קודם הליך מקיף מאוד של בירור הבעלות בהתאם לחוק המהותי החל במקום, הליך הכולל עיון במסמכים ובתצלומי אוויר, סיורים, פרסומים רבים, זכות ערר ועוד. הליך הבירור נעשה בזמנו בעבור הממונה על ידי עו"ד פליאה אלבק ז"ל, ששימשה מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, וכיום הליך הבירור – המכונה "הליך סקר" – מבוצע בעבור הממונה על ידי המִנהל האזרחי באיו"ש.

(ח) בשנת 1999 הוקם במִנהל האזרחי צוות שתפקידו לדייק את גבולותיהן של ההכרזות הוותיקות על אדמות מדינה (הכרזות משנות ה-80 ומראשית שנות ה-90). הדיוק נעשה בעזרת ציוד ממוחשב ומשוכלל שלא היה קיים בזמנו. הצוות מכונה "צוות קו כחול".

(ט) **יישוב או שכונה ישראליים שנבנו באיו"ש על גבי מקרקעין *שהוכרזו* "אדמות מדינה" הם יישוב או שכונה שבנויים כדין מהבחינה הקניינית,** שכן מקרקעין אלו הם מקרקעין שנחשבים בבעלות המדינה והם מוחזקים כדין על ידי המדינה. בנייה עליהם אינה פוגעת בקניין הפרטי של מאן דהוא.

פרק 2.5: מרשמי המקרקעין והעיון בהם

הצו בדבר עיון במרשמים

§ 87 בפרק 2.3 הצגנו את עניינם של המקרקעין *הרשומים* על שם המדינה בפנקסי המקרקעין. בפרק 2.4 הצגנו את עניינם של המקרקעין *המוכרזים* אדמות שהן בבעלות המדינה. הצגה זו לא תהיה שלמה אם לא נידרש לסוגיית מרשמי המקרקעין, ואליה נפנה כעת.

§ 88 כל עורך דין העוסק בתחום המקרקעין בישראל יודע שהפעולה הבסיסית ביותר שכל עורך דין נדרש לעשות לצורך בירור הבעלות במקרקעין היא לעיין בעותק מפנקסי המקרקעין, העומדים לעיון הציבור במשרדי מרשם המקרקעין. מבחינה מעשית העיון בפנקסי המקרקעין נעשה באמצעות עיון ב"נסח הרישום" (המכונה בז'רגון "נסח טאבו"). "נסח רישום" פירושו "העתק מרישום בפנקסי המקרקעין המאושר על ידי לשכת רישום" (ראו סעיף 1, 92 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התשע"ב–2011). כלומר, כל אדם בישראל זכאי לעיין בפנקסי המקרקעין, בין שבפנקס הזכויות בין שבפנקס השטרות. זכות עיון זו נחשבת יסוד מוסד במרשם המקרקעין בישראל ובעולם, והפומביות של הפנקסים נועדה להבטיח את תקינותו של שוק המקרקעין ואת שקיפותו, וכן להיות כלי למניעת טעויות (משמדובר בזכויות חפצא in rem).

§ 89 באיו"ש המצב שונה לחלוטין, ומרשם המקרקעין באיו"ש חסוי. ההוראה בדבר חיסיון המרשם באיו"ש קבועה כיום בצו אלוף שהוצא בעניין: *הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (אזור יהודה והשומרון) (מס' 1737), התשע"ד–2014* (להלן – הצו בדבר עיון במרשמים).

§ 90 לפי האמור בצו בדבר עיון במרשמים, הזכות לעיון במרשם נתונה רק לבעל הזכות במקרקעין ולמי שהיה צד לעסקה במקרקעין (סעיף 2 לצו). הזכות *הפומבית* לעיון במרשם, הנתונה בישראל ובעולם לכל אדם, כמעט שאינה קיימת באיו"ש. סעיף 3 לצו בדבר עיון במרשמים קובע:

"הגיש אדם, שאינו בעל זכות במקרקעין, בקשה לעיון [ברישומי מקרקעין], *יאפשר לו ראש המנהל האזרחי לעשות כן ובלבד שהתקיים אחד מאלה:*

(א) *בעל זכות במקרקעין הסכים לעיון ברישום.*

(ב) *מגיש הבקשה פרסם את הבקשה לעיון בהתאם לתקנות*[14] *ובעל זכות במקרקעין לא התנגד לבקשה, ובלבד שסבר ראש המנהל האזרחי כי מתקיימים כל אלה:*

(1) *התרת העיון לא תפגע בביטחון האזור, בסדר הציבורי, בשלומו של אדם או בקניין הפרט.*

(2) *העיון דרוש להקמת תשתית ציבורית או לקיום חובה הקבועה בדין.*

(3) *ראש המנהל האזרחי מצא כי העיון משרת את טובת האזור."*

§ 91 תנאיו של סעיף 3 הנ"ל כמעט שאינם יכולים להתקיים בעולם המציאות. נמצא כי בניגוד לכלל המושרש והבסיסי בישראל – הוא הכלל בדבר פומביות מרשם המקרקעין כחלק מהרצון להביא לתקינותן של עסקאות במקרקעין – באיו"ש הצו מתיר עיון במרשם המקרקעין, עקרונית, רק לבעל זכות במקרקעין. מי שאינו בעל זכות במקרקעין אינו רשאי לעיין במרשם, אפילו לא במקרה שהוא מעוניין לרכוש זכות במקרקעין.

§ 92 חוקתיותו של הצו בדבר עיון במרשמים עלתה אגב אורחא בפסיקת בית המשפט העליון בשני מקרים, ונותרה ללא הכרעה: עניין *אנג'ל* (רע"א 2505/16, פורסם **בנבו** (2016)) ועניין *דגבים* (בג"ץ 6870/14, פורסם **בנבו** (2017)). על כל פנים, בפועל נוהגים באיו"ש לפי הצו בדבר עיון במרשמים, שמשמעותו המעשית היא שמרשמי המקרקעין באיו"ש, המנוהלים על ידי קמ"ט רישום מקרקעין, חסויים מן הציבור.

---

[14] הפרסום הוא בשני עיתונים יומיים בשפה הערבית, כקבוע בתקנות המקרקעין (עיון במרשמים) (יהודה והשומרון), תשע"ו–2016.

מרשם ההרשאות

§ 93 למען שלמות התמונה נזכיר כי לפני שנים רבות הייתה כוונה שהעסקאות במקרקעין שמבצע הממונה על הרכוש הממשלתי תירשמנה כולן בפנקס שיכונה "מרשם ההרשאות": ראו הצו בדבר רישום עסקות במקרקעין מסוימים (יהודה והשומרון) (מס' 569), התשל"ה—1974.

§ 94 עם זאת הרישום בפנקס ההרשאות הוא חריג, ונכון למועד כתיבת שורות אלו כמעט לא נעשה בו שימוש.

רישומים פנימיים

§ 95 כדי להתמודד עם העמימות בשוק המקרקעין באיו"ש נוהגים הגורמים המקצים את קרקעות המדינה באיו"ש לנהל רישומים משלהם באשר לזכויות במקרקעין. כך נוהג הממונה על הרכוש הממשלתי, שהוא הגורם המוסמך לנהל את קרקעות המדינה באיו"ש, וכך נוהגים הגופים שלהם הקצה הממונה רכוש ממשלתי באיו"ש (ובהם ההסתדרות הציונית וחברות משכנות).

§ 96 בעלי הזכויות יכולים לקבל מן הגורמים המנהלים את הרישומים הפנימיים הללו אישור על הזכויות הנתונות להם לפי הרישומים הפנימיים.

פרק 2.5 סיכום ביניים: מרשמי מקרקעין באיו"ש

§ 97 להשלמת התמונה בסוגיית בירור הזכויות במקרקעין באיו״ש יש להידרש לנושא מרשמי המקרקעין:

(א) כפי שראינו בפרק 2.3, באיו״ש (כמו בישראל) מנוהלים פנקסים שבהם רשומות הזכויות במקרקעין רישום רשמי ומחייב.

(ב) בישראל ובעולם הרחב פנקסי המקרקעין עומדים לעיון הציבור כחלק מתפיסה רחבה שלפיה העיון הפומבי מבטיח את תקינותו של שוק המקרקעין ואת שקיפותו.

(ג) בניגוד למצב בישראל ובעולם, באיו״ש פנקסי המקרקעין חסויים ואינם עומדים לעיון הציבור מכוח צו של המפקד הצבאי.

(ד) כמו כן, כמפורט בפרק 2.3, חלק הארי של המקרקעין באיו״ש אינו רשום כלל בפנקסי המקרקעין.

(ה) בזמנו הייתה כוונה לכונן באיו״ש פנקס מיוחד לרישום עסקאות במקרקעין, פנקס שמכונה ״מרשם הרשאות״. בפועל כמעט שלא נעשה שימוש בפנקס זה, ועסקאות מקרקעין באיו״ש כמעט שאינן נרשמות בו.

(ו) היעדר מרשמי מקרקעין רשמיים ומחייבים באיו״ש בנוגע לחלק הארי של המקרקעין לצד החיסיון של מרשמי המקרקעין הקיימים באיו״ש מוסיפים לעמימות ולמורכבות הקיימות ממילא בתחום המקרקעין באיו״ש.

(ז) מבחינה מעשית, באשר לקרקעות המוחזקות כדין על ידי המדינה אפשר לברר את הזכויות בקרקעות אלו: הגורמים המנהלים באיו״ש את המקרקעין המוחזקים כדין על ידי המדינה, ובראשם הממונה על הרכוש הממשלתי באיו״ש, מנהלים רישומים פנימיים בנוגע לזכויות במקרקעין המנוהלים על ידם.

(ח) רישומים פנימיים אלו מסייעים בבירור הזכויות במקרקעין באיו״ש.

פרק 2.6: קרקעות שהופקעו לטובת המדינה

המשפט הבינלאומי

§ 98 בפרק 2.2 ראינו שקרקעות *בבעלות* המדינה כוללות קרקעות *שרשומות* במרשם המקרקעין על שם המדינה, קרקעות *שהוכרזו* ״אדמות מדינה״ וקרקעות *שהופקעו* לטובת המדינה. בפרק 2.3 הבהרנו מהן קרקעות *הרשומות* על שם המדינה. בפרק 2.4 הבהרנו מהן קרקעות *שהוכרזו* ״אדמות מדינה״. בפרק 2.5 השלמנו את התמונה בעזרת דיון במרשמי המקרקעין, ובפרק הנוכחי נבהיר מהן קרקעות שהבעלות בהן *הופקעה* לטובת המדינה.

§ 99 בפתח דיוננו בנושא ההפקעות מתבקשת הידרשות למשפט הבינלאומי. במבוא לדו״ח זה עמדנו על כך שמדינת ישראל קיבלה עליה לפעול באיו״ש בהתאם לאמנת האג משנת 1907 ולחלקים ההומניטריים באמנת ז׳נבה הרביעית. תקנה 46 לתקנות האג קובעת כי ״אין להחרים רכוש פרטי״. כלומר, המשפט הבינלאומי אוסר על החרמה – נטילה ללא פיצוי – של רכוש הפרט. עם זאת תקנה 43 לתקנות האג קובעת כי על המפקד הצבאי לנהוג ״עד כמה שהדבר אפשרי, *מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה*״. מכאן,

שלכאורה במקום שהפקעת הקרקע נעשתה לפי "החוקים הנוהגים במדינה" ההפקעה היא כדין לפי המשפט הבינלאומי. וראו גם מנשר מס' 2, שהתקין המפקד הצבאי מיד עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש, ולפיו "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על-ידי [מפקד כוחות צה"ל באזור], ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".

100 § על כן יש לפנות ולעיין בחקיקה התקפה באיו"ש בתחום ההפקעות, ולראות תחילה כיצד נהגו הירדנים בעניין זה.

ההפקעות הירדניות

101 § סמכות ההפקעה לצורכי ציבור היא סמכות המוכרת בעולם כולו כסמכות חוקית וחוקתית, ובלבד שההפקעה נעשית אגב מתן פיצוי ראוי. ראו התיקון החמישי לחוקה האמריקאית, שקובע כי "לא יילקח קניינו הפרטי [של אדם] *בלי פיצוי הוגן*".

102 § כמו בכל מדינות העולם גם בירדן יש סמכות להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור, ובשנים 1948—1967 עשו הירדנים שימוש נרחב בסמכות ההפקעה האמורה.

103 § החוק המרכזי שבו השתמשו הירדנים כדי להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור הוא חוק הקרקעות רכישה לצורכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953 (להלן – חוק ההפקעה הירדני). חוק ההפקעה הירדני דומה לפקודה הבריטית שקדמה לו, היא פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943. פקודת הקרקעות הבריטית משנת 1943 מוכרת היטב למשפטן הישראלי, שכן היא חלה עד היום בישראל.

104 § חוק ההפקעה הירדני, בנוסחו נכון לשנת 1967, קבע הליך מדורג להפקעה:

(א) **פרסום מודעה לתקופה של 15 יום** – בשלב הראשון על הגורם המפקיע[15] לפרסם מודעה בעיתון הרשמי לתקופה של 15 יום, ובה יודיע כי בכוונתו לפנות לממשלה ולבקש ממנה להחליט על רכישת הקרקע שפורטה בהודעה ועל היות הדבר לטובת הציבור (סעיף 3(1) לחוק ההפקעה הירדני).

(ב) **פנייה לממשלה** – בחלוף 15 יום על הגורם המפקיע לפנות לממשלה בבקשה בצירוף מפה של הקרקע העומדת להירכש (סעיף 3(3) לחוק ההפקעה הירדני).

(ג) **החלטת הממשלה על הרכישה** – הממשלה יכולה להחליט לרכוש את זכות הבעלות בקרקע או את זכות החזקה או השימוש בה (סעיף 4 לחוק ההפקעה הירדני).

(ד) **אישור המלך** – החלטת הממשלה בדבר רכישת הקרקע תובא לאישור המלך (סעיף 4(2) לחוק ההפקעה הירדני).

(ה) **פרסום החלטת הממשלה בעיתון הרשמי** – לאחר קבלת החלטת הממשלה ואישור המלך תפורסם ההחלטה בעיתון הרשמי (סעיף 5 לחוק ההפקעה הירדני).

(ו) **רישום הערה בפנקסי המקרקעין** – לאחר הפרסום בעיתון הרשמי על הגורם המפקיע לפנות לפקיד רישום המקרקעין ולהציג לו את כל המסמכים הנוגעים לעניין. פקיד הרישום יעביר עותק מהמסמכים

---

[15] הגורם המפקיע מכונה בחוק ההפקעה הירדני "המקים". "המקים" מוגדר בסעיף 1 כ"הממשלה, מועצה עירונית, מועצה מקומית וכל רשות מקומית אחרת, חברה, שותפות, תאגיד וכל אדם המבצע צורך ציבורי או העומד לבצעו, לרבות הממשלה כאשר היא ממלאת מקום אחד המקימים האמורים".

לכל בעלי הזכויות בקרקע, ולאחר מכן ירשום הערה בפנקסי המקרקעין על ההפקעה. ההערה מונעת עשיית כל עסקה סותרת במקרקעין (סעיף 5-7 לחוק ההפקעה הירדני).

(ז) **פיצוי בעלי הזכויות בקרקע** – הגורם המפקיע ובעלי הזכויות בקרקע ינהלו משא ומתן לפיצוי בעבור הזכויות בקרקע. אם לא הגיעו להסכמה, יכול כל אחד מהם לפנות לבית המשפט כדי שבית המשפט יקבע את גובה הפיצויים (סעיף 8-10, 12-15, 20-21 לחוק ההפקעה הירדני).

(ח) **תפיסת חזקה מיידית במקרקעין** – במקרים דחופים יוכל הגורם המפקיע לתפוס חזקה בקרקע עוד לפני פרסום החלטת הממשלה על ההפקעה בעיתון הרשמי ועוד לפני תשלום הפיצויים לבעלי הזכויות במקרקעין. תנאי לתפיסת חזקה מיידית שכזו הוא קבלת החלטת ממשלה בעניין (סעיף 11 לחוק ההפקעה הירדני).

(ט) **רישום הקרקע על שם הגורם המפקיע** – לאחר תשלום הפיצויים שקבע בית המשפט תירשם הקרקע על שם הגורם המפקיע (סעיף 17 לחוק ההפקעה הירדני).

(י) **הסתלקות מההפקעה** – כל עוד הגורם המפקיע לא תפס חזקה במקרקעין, הוא מוסמך להסתלק מהחלטת הרכישה ובלבד שהחלטת ההסתלקות תפורסם בעיתון הרשמי. הסתלק הגורם המפקיע מהחלטת הרכישה, הוא יהיה פטור מתשלום פיצויים בגין הרכישה, אך יהיה חייב להחזיר לבעלי הזכויות במקרקעין את ההוצאות שנגרמו להם (סעיף 18 לחוק ההפקעה הירדני).

(יא) **ביטול הפקעה והשבת הקרקע לבעליה** – אם במשך 3 שנים לא החל הגורם המפקיע בעבודות הנחוצות לצורך מימוש ההפקעה, רשאי בעל הקרקע לפנות לבית המשפט בתביעה להשבת הקרקע. אם יתברר שהסיבות שבגינן העבודות לא התחילו במשך שלוש שנים אינן "מספיקות וסבירות", יורה בית המשפט על השבת הקרקע לבעליה. זאת ובלבד שהבעלים השיב את הפיצויים שקיבל. אם נגרמו לקרקע נזקים בתקופה האמורה, יפסוק בית המשפט את גובה הפיצוי שיש לשלם לבעלים בגין הנזק (סעיף 19 לחוק ההפקעה הירדני). האפשרות לבטל את ההפקעה שלא מומשה קיימת רק במקום שהגורם המפקיע *אינו* המדינה או רשות מקומית.

105 § כעולה מהתיאור שלעיל, מסלול ההפקעה לפי חוק ההפקעה הירדני הוא מסלול מובנה ומורכב הכולל פרוצדורה ממושכת, לרבות כמה אישורים של דרגים בכירים ביותר ופרסומים רבים, ובסופו עוברת הבעלות בקרקע לגורם המפקיע. כאשר הגורם המפקיע הוא המדינה, בעקבות ההפקעה הקרקע עוברת לבעלות המדינה.

106 § המשמעות המשפטית של הדברים היא כי מן הרגע שבו השתכללה ההפקעה הירדנית עברה לבעלות המדינה הקרקע שהופקעה על ידי המדינה גם אם לא היה עדיין סיפק בידי הירדנים להשלים את הליכי הרישום במרשם המקרקעין על שם המדינה (אם המקרקעין רשומים בפנקסי המקרקעין).

107 § הודעה ברוח זו, בדבר תוקפם של הליכי ההפקעה הירדניים והשתכללותם ובדבר הקניית הקרקע למדינה מכוחם של הליכי ההפקעה הללו, מסרה המדינה לבית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 419/14.

108 § עוד הודיעה המדינה בבג"ץ 419/14 הנ"ל כי יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקעות שהופקעו על ידי הירדנים הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן הוא הוקם על אדמות שהן בבעלות המדינה.

109 § נמצא כי **יישוב או שכונה ישראליים שנבנו באיו"ש על גבי מקרקעין *שהופקעו* על ידי הירדנים בהתאם לחקיקה התקפה בירדן, הם יישוב או שכונה שבנויים כדין מהבחינה הקניינית,** שכן בעקבות ההפקעה המקרקעין הם בבעלות המדינה, והם מוחזקים כדין על ידי המדינה.

§ 110 למען שלמות התמונה נוסיף ונציין כי באיו״ש יש הפקעות נוספות שהשתכללו כך שהבעלות במקרקעין עברה לידי המדינה גם אם ההפקעה לא נרשמה בפנקסי המקרקעין (בין משום שהמקרקעין אינם רשומים בפנקסים כלל ובין משום שההפקעה אינה טעונה רישום בפנקסים). בכלל זה נזכיר:

(א) את ההפקעות שהפקיעו הבריטים באיו״ש בתקופת המנדט לפי פקודת ההפקעה המנדטורית (פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943),[16] הפקעות שלא תמיד נרשמו במרשם המקרקעין, בפרט במקום שהמקרקעין המופקעים לא היו רשומים בפנקסים;

(ב) את ההפקעות שהפקיעו הירדנים בשנים 1948-1967 לפי תקנות ההגנה הירדניות, הפקעות המפקיעות את זכות החזקה והשימוש בלבד ואינן טעונות רישום בפנקסי המקרקעין;[17]

(ג) את ההפקעות שהפקיעו הבריטים והירדנים לפי החקיקה הנוגעת לעתיקות.[18]

הפקעות על ידי המפקד הצבאי

§ 111 הירדנים נהגו כעניין שבשגרה וכמקובל בכל מדינה מתוקנת להפקיע קרקעות לצורכי ציבור, אגב מתן פיצוי לנפקעים, בהתאם לחקיקה התקפה בירדן.

§ 112 המשפט הבינלאומי מכיר ומעודד הכרה בתוקפה של החקיקה הפנימית התקפה. תקנה 43 לתקנות האג קובעת כי על המפקד הצבאי לנהוג ״עד כמה שהדבר אפשרי, *מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה*״. וראו גם מנשר מס׳ 2, שהתקין המפקד הצבאי מיד עם כניסת כוחות צה״ל לאיו״ש, ולפיו ״המשפט שהיה קיים באזור ביום כ״ח באייר תשכ״ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על-ידי [מפקד כוחות צה״ל באזור], ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור״.

§ 113 על כן אין חולק שהמפקד הצבאי גם הוא מוסמך להפקיע מקרקעין מכוחה של החקיקה הפנימית הירדנית התקפה ומכוחו של חוק ההפקעה הירדני. כך פסק בית המשפט העליון (ראו בג״ץ 393/82 **ג׳מעית אסכאן נ׳ מפקד כוחות צה״ל**, פ״ד לז(4) 785 (1983)).

§ 114 עם זאת עלתה השאלה אם המפקד הצבאי רשאי להשתמש בסמכותו להפקיע מקרקעין בהתאם לחוק ההפקעה הירדני במקום שההפקעה נועדה לצורך ההתיישבות הישראלית באיו״ש.

§ 115 בזמן כהונתו של כב׳ הנשיא מאיר שמגר כיועץ משפטי לממשלה ניתנה, במקרים מתאימים, תשובה חיובית לשאלה זו, ומקרקעין הופקעו לפי חוק ההפקעה הירדני לצורך ההתיישבות הישראלית. בפרט במקום שנראה שההפקעה צפויה לשרת גם את התושבים המוגנים באיו״ש. במקרים מיוחדים נעשה שימוש בסמכות ההפקעה גם לביסוס ההתיישבות (כגון בעניין ייסוד העיר מעלה אדומים, אם כי ההקלה באשר לשימוש בסמכות ההפקעה ניתנה באותו מקרה בעיקר למראה האופי המדברי של השטח הנוגע בדבר, שהסיכוי לאתר בו עדות לבעלות פרטית בקרקע אינו גבוה). עמדת כב׳ הנשיא שמגר נסמכה על התפיסה המשפטית שלפיה יש אסמכתאות במשפט הבינלאומי המתירות למפקד הצבאי להשתמש בסמכויות

---

16 על פקודת ההפקעה המנדטורית, ראו § 103 לעיל.

17 תקנות ההגנה הירדניות (תקנות ההגנה מס׳ 2 לשנת 1939) מסמיכות את ראש הממשלה להפקיע לצורכי צבא וביטחון את זכות החזקה והשימוש במקרקעין. ההפקעה משתכללת לאחר קבלת החלטה של ראש הממשלה ותפיסת החזקה במקרקעין, והיא אינה טעונה רישום במרשם המקרקעין.

18 בתקופת המנדט הבריטי חלה באיו״ש בתחום העתיקות פקודת העתיקות, 1929, והיא חלה בזמנו גם בשטחה של מדינת ישראל של היום. הפקודה המנדטורית חלה באיו״ש עד שנת 1966, ואז הוחלפה בחוק ירדני, הדומה עד מאוד לפקודה המנדטורית: חוק העתיקות, חוק ארעי מס׳ 51 לשנת 1966. סעיף 11 לחוק העתיקות הירדני מסמיך את מנהל רשות העתיקות להפקיע תמורת פיצוי מקרקעין, שהם אתר עתיקות, במקום שהמקרקעין רשומים בספרי המקרקעין על שם אדם פרטי. יצוין כי במקום שמקרקעין, שהם אתר עתיקות, אינם רשומים בפנקסי המקרקעין, לפי סעיף 14 לחוק העתיקות הירדני המקרקעין ״יירשמו [...] בשם משרד האוצר לטובת מחלקת העתיקות״. סמכויות דומות נקבעו בפקודת העתיקות המנדטורית, והשוו גם לסמכויות הדומות הקבועות בחוק העתיקות הישראלי, התשל״ח—1978.

הקבועות בדין המקומי, לרבות בסמכות ההפקעה המתוארת (חוות דעת מיום 12.9.1974, הנזכרת בבג"ץ 3240/15).

116 § ואולם יודגש: העובדה שמקרקעין הופקעו על ידי המפקד הצבאי מכוחו של חוק ההפקעה הירדני **אין** פירושה בהכרח שהקרקע שהופקעה היא קרקע פרטית. הליך ההפקעה נעשה מטעמים של צורך ציבורי. הצורך הציבורי הוא שמכתיב את היקפה של הקרקע המופקעת ואת מקומה. במסגרת מתחם המקרקעין הנחוץ לצורכי ציבור יכול שיהיו מקרקעין ציבוריים ויכול שיהיה מקרקעין פרטיים. מטעמי יעילות ופשטות הנוהג הוא להפקיע את המתחם כולו, לרבות את המקרקעין הכלולים במתחם ואשר הם בבעלות ציבורית. למעשה, יכול שהמתחם המופקע יהיה כולו מתחם שאינו פרטי.

117 § בזמן כהונתו של כב' השופט יצחק זמיר כיועץ המשפטי לממשלה השתנתה העמדה המשפטית. כב' השופט זמיר סבר כי קיימת שאלה משפטית אם ההתיישבות הישראלית באיו"ש יכולה להיחשב צורך ציבורי המצדיק הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור בהתאם לחוק ההפקעה הירדני. בלי להכריע בשאלה זו סבר כב' השופט זמיר כי מוטב להיזהר ככל האפשר ולהימנע מהפקעה לצורכי ציבור בהתאם לחוק ההפקעה הירדני במקום שהמקרקעין המופקעים נועדו לשמש את ההתיישבות הישראלית ואותה בלבד (ראו חוות דעתו של פרופ' זמיר מיום 12.5.1980, הנזכרת בבג"ץ 1308/17). עם זאת גם לפי עמדה זהירה זו אין כל מניעה להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור על פי חוק ההפקעה הירדני במקום שהמקרקעין המופקעים מיועדים לשמש הן את התושבים המוגנים הן את הציבור הישראלי. כמו כן מחוות הדעת נלמדה גם גישה מקילה יותר בנוגע להפקעה המיועדת לצרכים תשתיתיים של ההתיישבות, להבדיל מהפקעה המיועדת להקמת שכונה או יישוב ממש. בהתאם לכך נהגו.

118 § ההבהרה בסוגיה זו ניתנה בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל**, מתוך התבססות על פסיקה קודמת, הנסקרת בפסק הדין.[19] בפסק דין **זיאדה** הבהיר בית המשפט העליון כי ההתחשבות ברצונם של המתיישבים הישראלים "מהווה שיקול שבסמכותו של המפקד הצבאי ליטול בחשבון" (פסקה 25 לפסק הדין). עוד נקבע בפסק הדין כי "תושבי האזור הישראלים [...] אף הם נמנים עם האוכלוסייה האזרחית באזור, ומשום כך מתפרשת חובתו של המפקד הצבאי גם כלפיהם" (פסקה 26 לפסק הדין), וכי "המפקד הצבאי מחויב לפעול גם לרווחתם של תושבי האזור הישראלים [...] על פי הדין הבינלאומי, כפי שפורש בפסיקותיו של בית משפט זה, זהו שיקול שבסמכות המפקד הצבאי לשקול" (פסקה 27 לפסק הדין).

119 § בהתאם לכך נקבע בעניין **זיאדה** כי המפקד הצבאי **מוסמך** לפגוע בקניינם של בעלי חלקות מקרקעין (שהם תושבים מוגנים) במקום שהפגיעה נעשית לטובת המתיישבים הישראלים. כדברי בית המשפט: "נכון אני לקבל את טענותיה של המדינה ולקבוע כי הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות בחלקות נעשתה בסמכות על פי הדין הבינלאומי" (פסקה 33 לפסק הדין), אולם בכפוף לעמידה בדרישות של מידתיות וסבירות.

120 § לאחר פסק דין **זיאדה**, ולנוכח סקירת הפסיקה המקיפה הקודמת שנכללה שם, קבע היועץ המשפטי לממשלה היום ד"ר אביחי מנדלבליט כי המפקד הצבאי רשאי להפקיע מקרקעין בהתאם לחוק ההפקעה הירדני כדי להסדיר את דרך הגישה לשכונה ישראלית באיו"ש, שכן הדבר עומד בדרישות הסבירות והמידתיות (הדבר הודע בבג"ץ 1308/17).

121 § מכאן כי **יישוב – או דרך גישה ליישוב – שהוקמו על קרקע שהופקעה כדין לפי חוק ההפקעה הירדני, הוא יישוב (או דרך גישה ליישוב) שהוקמו כדין מן הבחינה הקניינית.** קרקע שהופקעה כדין היא קרקע שהבעלות בה עברה לידי המדינה. על כן היישוב (או דרך הגישה אליו) הוקמו על קרקע שהיא בבעלות המדינה כדין.

[19] על פסק דין **זיאדה** תלויה ועומדת בקשה לדיון נוסף: דנג"ץ 9367/17.

122 § עד כאן המסגרת המשפטית הנוגעת למקרקעין באיו״ש שהם **בבעלות** המדינה. מכאן עלינו לעבור לתיאור המסגרת המשפטית הנוגעת למקרקעין באיו״ש **המוחזקים** כדין על ידי המדינה, אך תחילה נסכם את דברינו בפרק זה.

פרק 2.6 סיכום ביניים: מקרקעין שהופקעו לטובת המדינה

123 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוגיית הבעלות במקרקעין באיו״ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין נדרש שהם יימצאו על ״אדמות המוחזקות כדין״.

(ב) ״אדמות המוחזקות כדין״ כוללות אדמות שהן ב*בעלות* המדינה, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן ב*בעלות* המדינה כוללות אדמות ה*שומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* ״אדמות מדינה״ (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה.

(ד) אשר לאדמות *שהופקעו* כדין: כדי שהפקעת מקרקעין תיעשה כדין, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, עליה להתבצע בהתאם לדין החל באיו״ש, שהוא דין ירדני.

(ה) הדין הירדני מאפשר להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור בכפוף לתשלום פיצויים לנפקע. דין הפקעה ירדני זה דומה לדיני ההפקעה החלים בעולם כולו וכן בישראל.

(ו) בתקופה שבין 1948-1967 הפקיעו הירדנים מקרקעין רבים באיו״ש לצורכי ציבור בהתאם לדין ההפקעה הירדני.

(ז) **קרקע שהופקעה כדין על ידי שלטונות ירדן היא קרקע שהבעלות בה עברה למדינה. על כן, יישוב ישראלי שהוקם על קרקע מופקעת זו יהיה יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית.**

(ח) לאחר שנת 1967 עלתה השאלה המשפטית אם המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה הקבועה בחוק ההפקעה הירדני לצורך ההתיישבות הישראלית.

(ט) אין ולא הייתה מחלוקת כי המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה שבדין ההפקעה הירדני בעבור צורך ציבורי של התושבים המוגנים או בעבור צורך ציבורי של התושבים המוגנים ושל התושבים הישראלים גם יחד.

(י) השאלה הייתה אם המפקד הצבאי מוסמך להשתמש בסמכות ההפקעה בעבור צורך ציבורי של ההתיישבות הישראלית בלבד. השאלה עלתה מאחר שנשמעה טענה ולפיה המפקד הצבאי אינו מוסמך לשקול במניין שיקוליו את צורכי ההתיישבות הישראלית באיו״ש.

(יא) היועץ המשפטי לממשלה קבע, לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון בבג״ץ 794/17 **זיאדה נ׳ מפקד כוחות צה״ל** ובהתאם לפסיקה הענפה הנסקרת בפסק הדין, כי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, המפקד הצבאי מוסמך לשקול במניין שיקוליו את צורכי ההתיישבות הישראלית באיו״ש, ובלבד שהדבר נעשה בצורה מידתית וסבירה.

(יב) היועץ המשפטי לממשלה הוסיף וקבע באופן קונקרטי שהפקעתו – לפי חוק ההפקעה הירדני – של שטח מקרקעין לצורך סלילה של דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים, היא הפקעה הנעשית כדין.

(יג) **קרקע שהופקעה כדין והבעלות בה עברה למדינה היא קרקע שהתקיים לגביה התנאי הקנייני**

הנדרש לצורך הסדרתו של יישוב ישראלי באיו״ש.

(יד) קרקע שהבעלות בה הופקעה לפי חוק ההפקעה הירדני אינה בהכרח קרקע שהייתה קרקע פרטית לפני ההפקעה. מטעמי יעילות ופשטות נהוג להפקיע מתחמי מקרקעין שלמים הנחוצים לצורכי ציבור, גם מקום שהקרקע המופקעת היא בבעלות ציבורית. המתחם כולו הוא שמופקע כמקשה אחת.

פרק 2.7: קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין – כללי

§ 124 בפרק 2.1 עמדנו על כך שכדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו יישובים מוסדרים כדין מן הבחינה הקניינית, היישוב או השכונה צריכים להיות בנויים על ״אדמות מוחזקות כדין״. עוד עמדנו על כך ש״אדמות מוחזקות כדין״ נחלקות לשלושה סוגים:

(א) קרקעות שהן *בבעלות* המדינה.

(ב) קרקעות שהמדינה *מחזיקה* בהן כדין.

(ג) קרקעות *שנרכשו* כדין על ידי אזרח ישראלי.

§ 125 בפרק 2.2 עמדנו על כך שאדמות *בבעלות* המדינה כוללות אדמות *הרשומות* במרשם המקרקעין על שם המדינה, אדמות *שהוכרזו* ״אדמות מדינה״ ואדמות *שהופקעו* לטובת המדינה.

§ 126 בפרק 2.3 הבהרנו מהן אדמות *הרשומות* על שם המדינה. בפרק 2.4 הבהרנו מהן אדמות *שהוכרזו* ״אדמות מדינה״. בפרק 2.5 השלמנו את התמונה ודנו במרשמי המקרקעין באיו״ש. בפרק 2.6 הבהרנו מהן אדמות *שהופקעו* לטובת המדינה.

§ 127 כעת הגיעה העת להבהיר מהן קרקעות שהמדינה *מחזיקה* בהן כדין.

§ 128 קרקעות שהמדינה מחזיקה בהן כדין נחלקות לשלושה סוגים:

(א) קרקעות *שנתפסו* על פי הוראת המפקד הצבאי.

(ב) *נכסי נפקדים*.

(ג) קרקעות בבעלות אדם פרטי שהעבירן לניהולה של המדינה (״*אדמות בניהול*״).

§ 129 נציג את הדינים הנוגעים לכל אחד משלושת סוגי הקרקעות הללו, ונפתח במקרקעין המוחזקים ב״תפיסה לצורכי צבא״.

פרק 2.8: קרקעות המוחזקות בתפיסה לצורכי צבא

סמכות המפקד הצבאי להפקיע לצורכי צבא

§ 130 תקנה 52 לתקנות האג קובעת כי "אין להפקיע דברים שבעין *אלא לצורכי צבא [...]* בעד טובין שהופקעו יש לשלם". מכאן שהמשפט הבינלאומי מתיר הפקעה של מקרקעין פרטיים לצורכי צבא בכפוף לתשלום פיצוי בגין ההפקעה.

§ 131 בהתאם לכך, ועל פי הסמכות שהוענקה לו במשפט הבינלאומי, המפקד הצבאי באיו"ש מפקיע – לצורכי צבא – קרקעות באיו"ש, כגון הפקעת קרקע לצורך הקמת בסיס צבאי, לצורך סלילת שביל טשטוש וכיוצא באלו. הפקעה מעין זו מכונה "תפיסה לצורכי צבא".

§ 132 תוקפה של "התפיסה הצבאית" הוא עד לסיום המצב של "תפיסה לוחמתית" או עד להחלטת המפקד הצבאי בדבר ביטול "התפיסה הצבאית" בחלוף הצורך הצבאי.

§ 133 יודגש: תפיסת הקרקע שהמפקד הצבאי תפס לצורכי צבא אין פירושה בהכרח שהקרקע שנתפסה היא קרקע פרטית. הקרקע יכולה להיות קרקע ציבורית, קרקע פרטית או קרקע ציבורית ופרטית כאחת. הצורך הצבאי הוא שהכתיב את גודלו של המתחם שנתפס לצורכי צבא ואת צורתו, ובהתאם לכך פעלו. ואכן, בדיקות שנערכו בדיעבד באשר לצווי תפיסה שהוצאו בעבר העלו במקרים רבים כי דובר ב"אדמות מדינה" לכל דבר ועניין.

משמעותה של "התפיסה הצבאית"

§ 134 במקום שקרקע נתפסת לצורכי צבא, עניין לנו בתפיסה, שנחשבת זמנית באופייה,[20] של זכות **החזקה והשימוש** בקרקע. זכות ה**בעלות** בקרקע נותרת ללא שינוי. על כן, אם הקרקע הייתה רשומה בפנקסי המקרקעין קודם לתפיסתה בידי המפקד הצבאי, רישומי המקרקעין יישארו ללא שינוי חרף תפיסתה של הקרקע בידי המפקד הצבאי. בעלי הקרקע זכאים לדמי שימוש שנתיים.

§ 135 במקום שנתפסה קרקע לצורכי צבא, המפקד הצבאי רשאי לתפוס חזקה בקרקע ולהשתמש בה וכן להרשות לאחרים להחזיק בקרקע ולהשתמש בה מכוחו. עוד רשאי המפקד הצבאי להקים על הקרקע מבנים, תשתיות וכל כיוצא בזה שימושים, משל היה הוא בעל הקרקע.

§ 136 בשנת 1982 התקין המפקד הצבאי באיו"ש את הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב–1982 (להלן – צו 997). הצו קבע את המסגרת המשפטית בנוגע לביצוע עבודות בינוי בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית כמעין מסלול מקביל לדיני התכנון הירדניים החלים באיו"ש במקרקעין שאינם תפוסים לצרכים צבאיים.

§ 137 בשנת 1985 התקין ראש המנהל האזרחי את התקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון), התשמ"ה–1985. תקנות אלו הותקנו מכוחו של צו 997 והשלימו את המסגרת המשפטית הנוגעת לביצוע עבודות בינוי בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית. לצו 997 ולתקנות

---

[20] אשר לזמניותה של התפיסה בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש, ראו פסיקת בית המשפט העליון בעניין **איוב** (בג"ץ 606/78, פ"ד לג(2) 113, 130 (1979)), ולפיה:

"שואל [העותר...]: כיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שימוש זמני? זו שאלה נכבדה. אבל נראית לי תשובתו של מר בך שהיישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל היישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים".

שהותקנו מכוחו נשוב ונידרש ביתר הרחבה בפרק השלישי של דו״ח זה. כעת ביקשנו להבהיר כי קרקע שנתפסה לצורכי צבא היא קרקע שאפשר להשתמש בה ולהקים עליה מבנים, תשתיות וכיוצא בזה.

הדרכים ליצירתה של "תפיסה צבאית"

138 § תפיסה של קרקע על ידי המפקד הצבאי יכולה להתבצע מן הבחינה המעשית בדרכים מספר: האחת, באמצעות צו תפיסה כתוב שכתב המפקד הצבאי. השנייה, באמצעות הוראה בעל פה שנתן המפקד הצבאי. ראו בג״ץ 469/83 **חברת האוטובוסים חברון נ' שר הביטחון**, פורסם **בנבו** (1992).

139 § במקום שצו התפיסה ניתן בעל פה, תתלווה אליו בדרך כלל תפיסת חזקה, כגון באמצעות סימון השטח התפוס וגידורו, בניית מבנים על הקרקע, תכנון וכל כיוצא בזה דרכים התופסות חזקה בקרקע. תפיסה צבאית מעין זו מכונה לעיתים ״תפיסה בפועל״.

140 § נעיר כי בעבר חל לעיתים עירוב תחומים בין ״צו תפיסה״ לבין הצו המכונה ״צו סגירה״, לכן ראוי להרחיב קמעא בנוגע למשמעותו של ״צו סגירה״.

141 § הסמכות להוציא ״צו סגירה״ מוכרת למשפטן הישראלי: תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 החלה בישראל מעניקה סמכות למפקד הצבאי לצוות על סגירתו של שטח מטעמים צבאיים.[21] מכוחה של תקנה 125 הנ״ל נסגרים בישראל שטחי האימונים של צה״ל.

142 § באיו״ש מוענקת סמכות דומה למפקד הצבאי לצוות על סגירתו של שטח. סמכות זו קבועה כיום בסעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס׳ 1651), התש״ע–2009. קודם לכן נקבעה הסמכות בסעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס׳ 378), התש״ל–1970. ועוד קודם לכן, מאז כניסת צה״ל לאיו״ש, הייתה הסמכות קבועה בסעיף 70 לצו בדבר הוראות ביטחון (מס׳ 3), התשכ״ז–1967.

143 § עיקרה של הסמכות לצוות על סגירתו של שטח היא למנוע כניסתם לשטח של מי שלא הורשו לכך על ידי המפקד הצבאי. בה בעת המפקד הצבאי מוסמך ליתן היתרי כניסה ל״שטח הסגור״ למי שהמפקד הצבאי ראה לנכון להתיר את כניסתו.

144 § בדומה ל״צו תפיסה״ גם הוצאת ״צו סגירה״ אינה מחייבת צורה פורמלית. צו הסגירה יכול להינתן בכתב והוא יכול להינתן בעל פה. ראו לעניין זה סעיף 2(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון משנת 2009, שלפיו ״אפשר להוציא כל צו בעל פה, אם הרשות הנותנת או המוציאה אותו מוצאת לנכון לעשות כן״. לעיתים הביטוי המעשי של ״צו הסגירה״ מתבטא בגידור השטח הסגור, בסלילת דרכים, בהטמנת מוקשים, בתכנון וכדומה.

145 § על עירוב התחומים בין ״תפיסה בפועל״ ל״צו סגירה״, כפי שנתאשר על ידי בית המשפט העליון, ראו פרשת **איוב** (בג״ץ 606/78, פ״ד לג(2) 113, 130-131 (1979)). בפרשת **איוב** נדונו במאוחד שתי עתירות. האחת עסקה בחוקיותו של צו **התפיסה**[22] שהוציא המפקד הצבאי לצורך הקמת היישוב בית אל (בג״ץ 606/78). השנייה עסקה בחוקיותו של צו **הסגירה**[23] שהוציא המפקד הצבאי לצורך היישוב בקעות שבבקעת הירדן (בג״ץ 610/78). שני הצווים הוצאו מטעמי ביטחון. בית המשפט העליון אישר שם את שני

---

[21] וזו לשון תקנה 125, בעניין ״שטחים סגורים״:

״מפקד צבאי רשאי להכריז בצו על כל שטח או מקום, כי הם שטח סגור לצרכיהן של התקנות האלה. כל אדם הנכנס לתוך כל שטח או מקום, או יוצא מתוכם, במשך כל תקופה, שבה עומד בתקפו צו כזה ביחס לשטח או למקום ההם, ללא תעודת-היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או מטעמו, יאשם בעבירה על התקנות האלה.״

[22] צו **התפיסה** שנדון שם הוא צו **תפיסת** מקרקעין (1/70) מיום 16.2.1970.

[23] צו **הסגירה** שנדון שם הוא צו בדבר שטחים **סגורים** (שטח כ״ב) (מס׳ 571), התשל״ה–1975.

הצווים וכן את השימוש הביטחוני שנעשה בשטחים הללו לצורך ההתיישבות הישראלית. מהעיון בפסק הדין נהיר כי בית המשפט העליון ראה את צו **הסגירה** שהוצא בנוגע לבקעות כמצב חוקי של **תפיסה** בפועל.[24]

"תפיסה צבאית" וההתיישבות האזרחית באיו"ש

146 § כאמור לעיל, בהתאם למשפט הבינלאומי המפקד הצבאי מוסמך להפקיע מקרקעין לצורכי צבא בכפוף לתשלום פיצויים (תקנה 52 לתקנות האג). לפיכך נהגה בעבר העמדה שלפיה במקום שההתיישבות הישראלית באיו״ש תורמת לביטחון, המפקד הצבאי מוסמך להפקיע מקרקעין לצורך ההתיישבות הישראלית. בהתאם לעמדה זו היו יישובים ישראליים באיו״ש שהוקמו על גבי מקרקעין שנתפסו לצורכי צבא.

147 § עמדה זו התאשרה על ידי בית המשפט העליון בפרשת **איוב** (בג״ץ 606/78, פ״ד לג(2) 113, 118 (1979)), ושם נפסק כי:

״מבחינת השיקול הביטחוני הטהור אין לפקפק בכך שנוכחותם בשטח מוחזק של יישובים – אפילו ׳אזרחיים׳ – של אזרחי המעצמה המחזיקה, תורמת תרומה נכבדה למצב הביטחוני שבאותו שטח ומקלה על הצבא את מילוי תפקידו״ (שם, בעמ׳ 118).

148 § על כן, **יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקע התפוסה בתפיסה צבאית לאחר שהמפקד הצבאי קבע כי היישוב תורם לביטחון, הוא יישוב שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית.** הקרקע התפוסה מוחזקת כדין על ידי המפקד הצבאי, והוא מוסמך להקצותה ולהתיר עשיית שימוש בקרקע, בנייה עליה, תכנונה וכיוצא בזה. במקום שהקרקע התפוסה היא קרקע פרטית, משולם לבעל הקרקע תשלום בגין התפיסה.

149 § עם זאת נשוב ונדגיש: תפיסת קרקע בתפיסה צבאית אין פירושה כלל ועיקר שהקרקע הייתה דווקא קרקע בבעלות פרטית. הקרקע שנתפסה יכולה להיות קרקע ציבורית, קרקע פרטית או קרקע ציבורית ופרטית כאחת. הצורך הצבאי הוא שמכתיב את גודלו של המתחם שנתפס לצורכי צבא ואת צורתו. לפיכך מטעמי יעילות ופשטות הנוהג היה לתפוס בתפיסה צבאית את המתחם הדרוש כולו, לרבות מקרקעין ציבוריים.

פרשת דויקאת

150 § בפרשת **איוב** קבע בית המשפט העליון כי הוכח בפניו שהתפיסה הצבאית שנעשתה שם לצורך הקמתו של יישוב ישראלי נעשתה מטעמי ביטחון. על כן קבע בית המשפט העליון כי התפיסה הצבאית היא חוקית.

151 § זמן קצר לאחר פסק הדין בפרשת **איוב** ניתן פסק הדין בפרשת **דויקאת** (בג״ץ 390/79, פ״ד לד(1) 1 (1979)). בפרשה זו נדונה תפיסה צבאית של מקרקעין שנועדו לצורך הקמת יישוב ישראלי. בית המשפט העליון קבע שם שלא הוכח בפניו שצו התפיסה אכן נועד לצרכים צבאיים באותו מקרה, לכן העתירה שם התקבלה והצו על תנאי שהוצא הפך מוחלט.

---

[24] ראו דברי בית המשפט העליון, שם, ולפיהם:

״הם [העותרים] טענו בעתירתם שכלל לא ידעו על צו **התפיסה** שיצא מלפני מפקד האזור עוד בינואר 1975 (ראה צו בדבר שטחים **סגורים** (שטח כ״ב) (מס׳ 571), התשל״ה–1975), ושרק בקיץ 1978, עת כניסתם לצורכי עיבוד וזריעה, נוכחו שכבר השטח נחרש על-ידי מתנחלים, ואלה אף גרשו אותם משם״ (שם, בעמ׳ 115. ההדגשות הוספו).

״בהקמת היישוב [בקעות] באותו שטח הובא בחשבון כי במקום זה יש ליצור חסימה בדרכי המעבר של מחבלים ושהשטח מצוי על ציר העלול לשמש לתנועת כוחות צבא [...] סבורני שיש בעובדות אלה טעמים צבאיים של ממש המצדיקים את **תפיסת** השטח **וסגירתו**״ (שם, בעמ׳ 130-131, ההדגשות הוספו).

152 § בעקבות פסק הדין בפרשת **דויקאת** התקבלה ביום 11.11.1979 החלטת ממשלה מס׳ 145. בהחלטה נאמר כי:

"מחליטים (פה אחד):
להרחיב את ההתנחלות ביהודה, שומרון, בקעת הירדן, חבל עזה ורמת הגולן, על-ידי תוספת אוכלוסין ליישובים קיימים ועל-ידי הקמת יישובים נוספים על ***קרקע שבבעלות המדינה*** *[...]"* (ההדגשה הוספה).

153 § החלטת ממשלה זו היא שהביאה להיווצרותה של הפרקטיקה של "הכרזה על אדמות מדינה", פרקטיקה שדנו בה בפרק 2.4 לעיל.

154 § החלטת ממשלה זו היא החלטה המבטאת **מדיניות**. ככל החלטת מדיניות ההחלטה צופה פני עתיד ואין לה תחולה רטרואקטיבית, וכוונה זו עולה גם מלשון ההחלטה עצמה. על שהחלטות מדיניות ככלל הן החלטות הצופות פני עתיד ראו בג"ץ 5060/96 **קהלני נ' ראש הממשלה**, פ"ד נד(3) 270 (2000). שם מוסבר כי "גם אם שינוי המדיניות כשלעצמו נעשה במסגרת הסמכות, על יסוד שיקולים עניינים בלבד ובאופן סביר, עדיין החלת השינוי למפרע על מי שכלכל את צעדיו לאור המדיניות הישנה נתפסת כבלתי צודקת ובלתי סבירה, ולעתים אף כנטולת סמכות" (שם, בעמ׳ 281). וראו גם בג"ץ 8134/11 **אשר נ' שר האוצר**, פורסם **בנבו** (2012); בג"ץ 5134/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל**, פורסם **בנבו** (2016) ועוד).

155 § על כן, החלטת ממשלה מס׳ 145 הנ"ל לא פגעה בחוקיותם של יישובים ישראליים שהוקמו על גבי קרקע שנתפסה כדין בתפיסה צבאית. הדבר הובהר בבג"ץ 329/86 **אבו סוי נ' שר הביטחון**. בית המשפט העליון אישר שם – בשנת 1986 ולאחר החלטת ממשלה מס׳ 145 – את חוקיותו של יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקע התפוסה בתפיסה צבאית, ואישר את חוקיותה של התפיסה הצבאית (צו התפיסה הצבאית שנדון שם הוצא בשנת 1969 והשתרע על שטח ניכר). בית המשפט העליון קיבל שם את עמדת המדינה ולפיה היישוב הישראלי הוקם כדין "לצרכים צבאיים וביטחוניים חיוניים".

הרחבתו של יישוב בשטח התפוס בתפיסה צבאית

156 § עדיין מתעוררת שאלת *הרחבתו* של יישוב שהוקם על מקרקעין שנתפסו בתפיסה צבאית. וזו השאלה:

> יישוב ישראלי הוקם על קרקע התפוסה בתפיסה צבאית. הקרקע נתפסה לאחר שהמפקד הצבאי קבע שהקמתו של היישוב נדרשת לצורכי ביטחון. חלפו שנים. היישוב גדל והוא מעוניין להתרחב. האם היישוב יכול להתרחב כיום על גבי השטח התפוס עדיין בתפיסה צבאית, בהתאם למדיניות שנהגה בעת הקמת היישוב, או שמא הרחבת היישוב כיום צריכה להתבצע רק על אדמות שהן בבעלות המדינה, בהתאם למדיניות הנוהגת כיום בעקבות החלטת ממשלה מס׳ 145?

157 § שאלה זו מכונה לעיתים ה"שכלול של התפיסה הצבאית" או "ההקפאה של הצורך הצבאי".

158 § היועץ המשפטי לממשלה השיב על שאלה זו בחיוב, ובלבד שעניין לנו במקרקעין הנכללים ב"מתחם היישוב", מתחם שהוא "יחידת תפיסה" אחת, שמעליה "מרחפת" מטרה ביטחונית אחת. כלומר, כל אימת שהיישוב שהוקם בשטח התפוס בתפיסה צבאית יבקש להתרחב ולבנות מבנים חדשים בשטח התפוס, המצריכים תכנון חדש, הדבר יתאפשר ובלבד שהבנייה החדשה המבוקשת נמצאת ב"מתחם היישוב" (ראו תגובת המדינה בבג"ץ 5165/15).

159 § עמדתו זו של היועץ המשפטי לממשלה נסמכת על דעת היחיד של כב׳ הנשיאה נאור בבג״ץ 9669/10, ועימה הסכים המשנה לנשיאה כב׳ השופט רובינשטיין בבג״ץ 1217/15 (ראו בג״ץ 9669/10 **קאסם נ׳ שר הביטחון**; בג״ץ 1217/15 **מ.ד. יהונתן בנייה ופיתוח בע״מ נ׳ שר הביטחון**; בג״ץ 5165/15 **קאסם נ׳ הממונה על מתן היתרים**).

160 § הדברים האמורים מתכתבים במידה רבה עם הפסיקה שעסקה במימוש הפקעות, כגון פסק הדין המנחה בעניין **נוסייבה** (דנג״ץ 4466/94, פ״ד מט(4) 68 (1995)). דובר שם בהפקעה של חלקת קרקע שראשיתה בשנת 1968, אך עד לשנות ה-90 לא ננקט כל צעד למימושה של ההפקעה ולא נתפסה בה חזקה. העותרים עתרו לבית המשפט הגבוה לצדק וביקשו שההפקעה תבוטל לנוכח השיהוי הרב במימוש מטרת ההפקעה כמו גם לנוכח טענתם לכתחילה לא היה מקום להפקעה.

161 § בית המשפט העליון דחה את העתירה בקובעו כי אין לבחון את חלקתם של העותרים במנותק מ״מתחם ההפקעה״ כולו. חלקת העותרים הייתה אחת מחלקות רבות שהופקעו למטרה ציבורית אחת. במקרה כזה ״יש לראות בשטח המופקע כולו ׳יחידת הפקעה׳ אחת למטרה אחת״ (שם, בעמ׳ 79). בעניין **נוסייבה** מומשה מטרת ההפקעה באשר לחלקות מקרקעין אחרות שנכללו ב״מתחם ההפקעה״. נפסק שם כי מכיוון שמדובר ב״יחידת הפקעה אחת״, די במימוש ההפקעה בחלק מ״יחידת ההפקעה״ כדי לומר שמטרת ההפקעה מומשה ב״יחידת ההפקעה״ **כולה**, ועל כן לא התקבלה טענת השיהוי במימוש ההפקעה באשר לחלקה **המסוימת** של נוסייבה. בית המשפט העליון הדגיש שם שהליכי המימוש של הפקעה, כמו הליכי תכנון ובנייה בכלל, הם הליכים שאורכים זמן ובאופן טבעי מתקדמים בשלבים ובהדרגה, בהתאם להתפתחויות התכנוניות (שם, בעמ׳ 79-80).

162 § הנה כי כן, המבחן הפסיקתי בעניין ״יחידת ההפקעה האחת״ או ״מתחם ההפקעה האחד״ מתיישב היטב עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה, הרואה ב״מתחם היישוב״ מתחם הפקעה אחד. לפי עמדה זו, ה״תפיסה הצבאית״ היא הפקעה (תמורת פיצוי) של זכות החזקה והשימוש במקרקעין. משמומשה ההפקעה ב״מתחם היישוב״ אפשר לראות גם חלקות **מסוימות** שנכללו במתחם היישוב אך עדיין לא נתפסה בהן חזקה ועוד לא נבנו בהן מבנים כחלקות שאפשר לממשן כיום.

163 § עד כאן לעניין קרקעות התפוסות בתפיסה צבאית, וכעת נסכם את דברינו בעניין זה.

164 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו״ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על ״אדמות המוחזקות כדין״.

(ב) ״אדמות המוחזקות כדין״ כוללות אדמות שהן ב*בעלות* המדינה, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן ב*בעלות* המדינה כוללות אדמות ה*רשומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* ״אדמות מדינה״ (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה* בהן כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית*, *נכסי נפקדים* ו״*אדמות בניהול*״.

(ה) באשר לאדמות *תפוסות בתפיסה צבאית*: המפקד הצבאי מוסמך להפקיע מקרקעין לצורכי צבא בכפוף לתשלום פיצויים (תקנה 52 לתקנות האג). במקום שהמפקד הצבאי השתמש בסמכותו זו הקרקע היא ״תפוסה בתפיסה צבאית״. קרקע תפוסה בתפיסה צבאית היא קרקע שזכות החזקה והשימוש בה הופקעו אך זכות הבעלות נותרת ללא שינוי. המפקד הצבאי רשאי להחזיק בקרקע ולהשתמש בה בעצמו או להתיר לאחרים להחזיק בה ולהשתמש בה, לבנות עליה וכיוצא בזה.

(ו) הוראת המפקד הצבאי לתפוס קרקע בתפיסה צבאית יכולה להינתן בכתב (״צו תפיסה״), בעל פה או בדרך של מעשה (כגון גידור או תכנון) המבטא ״תפיסת חזקה בפועל״.

(ז) בהתאם לעמדה שלפיה ההתיישבות הישראלית באיו״ש תורמת לביטחון, היו יישובים ישראליים שהוקמו באיו״ש על גבי מקרקעין שהמפקד הצבאי תפס לצורכי ביטחון. עמדה זו התאשרה על ידי בית המשפט העליון בפרשת **איוב** (בג״ץ 606/78, פ״ד לג(2) 113, 118 (1979)).

(ח) יישוב ישראלי שהוקם על גבי קרקע שנתפסה בתפיסה צבאית כמתואר הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן היישוב הוקם על קרקע התפוסה כדין ומוחזקת כדין על ידי המדינה.

(ט) יודגש: תפיסת קרקע בתפיסה צבאית אין פירושה בהכרח שהקרקע היא קרקע פרטית. הצורך הצבאי הוא שמכתיב את גודלו של המתחם שנתפס לצורכי צבא ואת צורתו. לפיכך מטעמי יעילות ופשטות היה הנוהג לתפוס בתפיסה צבאית את המתחם הדרוש כולו כמקשה אחת, בין שמדובר במקרקעין פרטיים בין שבמקרקעין ציבוריים בין שהמקרקעין פרטיים וציבוריים כאחד.

(י) כיום אין נוהגים עוד להקים יישובים ישראליים על גבי קרקעות התפוסות בתפיסה צבאית, אלא יישובים ישראליים מוקמים על גבי קרקעות הרשומות על שם המדינה או על גבי קרקעות המוכרזות ״אדמות מדינה״ (ראו פרק 2.3, 2.4). על כן עלתה השאלה אם יישוב שהוקם על קרקע תפוסה יכול להתרחב כיום לקרקע שהיא תפוסה בתפיסה צבאית, או שמא התרחבות היישוב כיום אפשרית רק על גבי קרקע הרשומה על שם המדינה או על גבי קרקע המוכרזת ״אדמות מדינה״.

(יא) עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי היישוב יכול להתרחב כיום גם על קרקע שנתפסה בזמנו בתפיסה צבאית, ובלבד שההתרחבות נעשית בתוך "מתחם היישוב".

(יב) עמדה זו נשענת, בין היתר, על פסיקת בית המשפט העליון שקובעת – בהקשר של מימוש הפקעה – כי יש לבחון את "מתחם ההפקעה" כ"יחידת הפקעה אחת".

פרק 2.9: נכסי נפקדים

"נכסי נפקדים" ו"נכסים נטושים" – צו 58

§ 165 הביטוי "נכסי נפקדים" בהקשר של נכסים באיו"ש הוא ביטוי בז'רגון, השאול מן המשפט הישראלי.

§ 166 במשפט הישראלי "נכסי נפקדים" מוגדרים בחוק נכסי נפקדים, התש"י–1950 כנכסים המצויים בישראל בשעה שבעליהם נמצא מחוץ לישראל, בשטחן של מדינות המנויות בחוק.[25] בישראל "נכס נפקד" הוא נכס שה**בעלות** בו **מוקנית** לאפוטרופוס לנכסי נפקדים (סעיף 4 לחוק). האפוטרופוס לנכסי נפקדים הוא אורגן של מדינת ישראל, והוא ממונה על ידי שר האוצר (סעיף 2 לחוק). האפוטרופוס לנכסי נפקדים מוסמך **למכור** נכסי מקרקעין שהוקנו לו לרשות הפיתוח (סעיף 19 לחוק). רשות הפיתוח היא אורגן של מדינת ישראל שקרקעותיה מנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל (ראו חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), התש"י–1950; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל; חוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך–1960).

§ 167 לעומת זאת באיו"ש **אין** נכסי נפקדים כמשמעותם בחוק הישראלי. כשמכנים באיו"ש נכסי מקרקעין בכינוי "נכסי נפקדים", הכוונה היא לאמיתו של דבר ל"נכסים נטושים". "נכסים נטושים" מוגדרים בצו שהתקין המפקד הצבאי באיו"ש: צו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), התשכ"ז–1967 (להלן – צו בדבר נכסים נטושים).

§ 168 "נכס נטוש" מוגדר בצו כנכס המצוי באיו"ש בשעה שבעליו נמצא מחוץ לאיו"ש (סעיף 1 לצו). "נכס נטוש" באיו"ש **מוקנה** ל"ממונה על הנכסים הנטושים" (סעיף 4(א)(1) לצו). ה"ממונה על הנכסים הנטושים" הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לשמש בתפקיד זה (סעיף 2 לצו). הממונה על הנכסים הנטושים הוא האורגן המוסמך לנהל את הנכסים הנטושים באיו"ש (סעיף 3-4, 8 לצו).

§ 169 מבחינה מעשית, הממונה על הנכסים הנטושים באיו"ש הוא האדם שמשמש באיו"ש גם ממונה על הרכוש הממשלתי (ראו 69 § - 70 § לעיל). כלומר, אדם אחד ממלא באיו"ש את שני התפקידים, התפקיד של ניהול הרכוש הממשלתי והתפקיד של ניהול הרכוש הנטוש. תוארו המלא של אדם זה הוא "הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש" או "הממונה".

§ 170 לנוכח הדמיון הרב בין "נכסי נפקדים" בישראל, שהם נכסיו בישראל של מי שנמצא מחוץ לישראל (במדינות המפורטות בחוק) ומוקנים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, ובין "נכסים נטושים", שהם נכסיו באיו"ש של מי שנמצא מחוץ לאיו"ש ומוקנים לממונה על הרכוש הנטוש, נהוג לכנות בז'רגון את הנכסים הנטושים באיו"ש "נכסי נפקדים". מאחר שהז'רגון נפוץ עד מאוד, נשתמש אף אנו בכינוי זה.

§ 171 עם זאת יש לשים לב להבדלים החשובים בין "נכסי נפקדים" בישראל ל"נכסים נטושים" באיו"ש: האפוטרופוס לנכסי נפקדים בישראל מוסמך להעביר את **הבעלות** בנכסי המקרקעין הנפקדים (לרשות

[25] ההגדרה המדויקת והמלאה של "נכס נפקד" בחוק נכסי נפקדים מופיעה בסעיף 1 לחוק. המדינות המנויות בחוק נכסי נפקדים כמדינות שהשוהה בהן מוגדר נפקד, הן "לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן".

הפיתוח). לעומת זאת הממונה על הרכוש הנטוש באיו"ש **אינו** מוסמך להעביר את הבעלות בנכסי מקרקעין נטושים (הוא מוסמך להעביר את הבעלות אך ורק בנכסי מיטלטלין. ראו סעיף 3 סיפה וסעיף 9(א) לצו בדבר נכסים נטושים).

172 § כמו כן בישראל במקום שהנפקד שב לארץ, לאפוטרופוס לנכסי נפקדים נתון שיקול דעת רחב בשאלה אם להשיב לנפקד את נכסיו (סעיף 28 לחוק נכסי נפקדים). לעומת זאת באיו"ש במקום שבעליו של נכס נטוש שב לאיו"ש, הממונה ככלל חייב להשיב את הנכס לבעליו (סעיף 13(א) לצו. אבל ראו החריג המסוים הקבוע בסעיף 10(ב) לצו בדבר נכסים נטושים בעניין התקשרות בהסכם עם צד שלישי).

הקצאת נכסים נטושים

173 § הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש מנהל אלפי נכסי מקרקעין נטושים באיו"ש. הוא משכיר את הנכסים הללו, בעיקר לתושבים המוגנים באיו"ש, ואת דמי השכירות הוא אמור לשמור ולנהל בעבור בעל הנכס. בפועל, משנת 2000 ואילך אין הממונה גובה את דמי השכירות. על כך העיר מבקר המדינה:

"נכון למועד סיום הביקורת, יולי 2012, ניהל הממונה כ-4,500 נכסים נטושים – קרקעות ומבנים – שהושכרו, כאמור, לתושבים פלסטינים, בדרך כלל בחוזה שנתי הניתן לחידוש. עד אוקטובר 2000 העבירו הפלסטינים את התשלומים בגין שכירת הנכסים לנציגויות המנהא"ז בנפות שבאיו"ש. כספים אלה נשמרים בקרן מיוחדת לטובת הנפקדים.
בביקורת עלה כי החל מאוקטובר 2000, עם פריצת האינתיפאדה השנייה באיו"ש, חדלו כ-95% משוכרי הנכסים הנטושים לשלם לממונה את דמי השכירות תמורת הנכסים ששכרו. למרות זאת, הממונה לא פעל מאז ובמשך כ-12 שנים, עד מועד סיום הביקורת, יולי 2012, כדי לגבות מהם את דמי השכירות וכדי לחדש את החוזים בינו לבין השוכרים".[26]

"משרד מבקר המדינה מעיר לממונה כי העובדה שלא חידש במשך כ-12 שנים את חוזי השכירות של שוכרי הנכסים הנטושים ולא גבה מהם דמי שכירות כנדרש בצו בדבר נכסים נטושים פוגעת בזכויות הנפקדים בנכסיהם ובהכנסות הנפקדים בעלי הנכסים. על-פי חוות הדעת המשפטית של יועמ"ש איו"ש, הדבר עלול 'לפגוע אף בחובת השמירה על שלמות הנכס עבור הנפקד'. לפיכך, על הממונה לפעול ללא כל דיחוי נוסף לחידוש חוזי השכירות ולגביית דמי השכירות מהשוכרים".[27]

נכסים נטושים וההתיישבות הישראלית

174 § סוגיית הקצאת נכסים נטושים להתיישבות הישראלית באיו"ש נידונה בבית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל**. בפסק הדין נזכרת חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי משנת 1998 ושופט בית המשפט העליון דהיום כב' השופט א' שהם.[28] לפי האמור בחוות הדעת, במקרים מתאימים אפשר להקצות נכסים נטושים לצורך ההתיישבות הישראלית, ובלבד שהדבר נעשה בהתאם להוראות הצו בדבר נכסים נטושים ובהתאם לדרישת המידתיות והסבירות הקבועות במשפט המנהלי. כלומר, לפי האמור בחוות הדעת, ההקצאה אפשרית אם לא תכלול העברה של הבעלות במקרקעין; ההקצאה תהיה ארעית ויהיה אפשר להשיב את הקרקע לבעליה אם ישוב לאיו"ש, דמי השכירות בתקופת ההקצאה יישמרו בעבור בעל הנכס והליך ההקצאה יהיה סביר ומידתי.

175 § עדיין עולה מפסק הדין שהקמה של יישוב ישראלי חדש על גבי נכסים נטושים בוודאי אינה דרך המלך להקמת יישובים באיו"ש היום.

---

[26] דו"ח מבקר המדינה, דו"ח ביקורת שנתי מספר 63ב מיום 17.7.2013, בעמ' 174-175.

[27] מבקר המדינה, דו"ח 63ב הנ"ל, בעמ' 175.

[28] פסקה 68 לפסק הדין.

פרק 2.9 סיכום ביניים: נכסי נפקדים

176 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות* המדינה, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן *בבעלות* המדינה כוללות אדמות *הרשומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה* בהן כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* ו*"אדמות בניהול"*.

(ה) באשר *לנכסי נפקדים*: "נכסי נפקדים" באיו"ש הוא ביטוי בז'רגון שפירושו "נכסים נטושים", כלומר נכסים באיו"ש שבעליהם נמצאים מחוץ לאיו"ש. נכסים נטושים באיו"ש מנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הנטוש באיו"ש. הממונה מתמנה על ידי המפקד הצבאי, והוא רשאי להשכיר את הנכסים הנטושים ולבצע בהם עסקאות, אם כי הוא אינו רשאי להעביר את הבעלות בנכסי המקרקעין הנטושים.

(ו) הממונה משכיר אלפי נכסים נטושים בשנה, בעיקר לתושבים המוגנים באיו"ש.

(א) נראה שכיום הקצאת נכסים נטושים לצורך הקמת יישוב ישראלי חדש בוודאי אינה דרך המלך להקמת יישובים חדשים באיו"ש.

פרק 2.10: "אדמות בניהול"

177 § הביטוי "אדמות בניהול" הוא ביטוי בז'רגון שעניינו אחת החלופות המגדירות "רכוש ממשלתי" בצו בדבר רכוש ממשלתי. נבאר.

178 § הצו בדבר רכוש ממשלתי קובע כי הממונה על הרכוש הממשלתי – שהוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך כך – ינהל את הרכוש המוגדר בצו "רכוש ממשלתי". הגדרת "רכוש ממשלתי" בסעיף 1 לצו כוללת שלוש חלופות:[29]

---

[29] להלן הנוסח המלא של ההגדרה של "רכוש ממשלתי" בסעיף 1 לצו:

"'רכוש ממשלתי' –

(1) רכוש אשר ביום הקובע או לאחריו שייך, רשום על שם, או מוקנה לאחד מאלה:

(א) למדינת אוייב [שמוגדרת כ'הממלכה הירדנית ההאשמית או כל מדינת אוייב אחרת [...];

(ב) לתאגיד אשר למדינת אוייב זכות כלשהיא בו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין שיש

החלופה הראשונה עניינה רכוש שהיה בבעלות הממלכה הירדנית ביום כניסת צה״ל לאיו״ש (בחלופה זו דנו בפרק 2.3, 2.4, 2.6(ב)).

החלופה השנייה עניינה מקרקעין שהופקעו לצורכי ציבור בעבור צה״ל (בחלופה זו דנו בפרק 2.6(ג)).

החלופה השלישית עניינה ״אדמות בניהול״, ובה נדון כעת.

179 § ״אדמות בניהול״ כהגדרתן בצו בדבר רכוש ממשלתי הן ״רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו״. כלומר עניין לנו ברכוש, שהוא בבעלות *פרטית* ולא בבעלות המדינה. עם זאת בעליו הפרטי של הרכוש ביקש מהממונה על הרכוש הממשלתי לנהלו.

180 § מקרה טיפוסי של ״אדמות בניהול״ הוא המקרה של קרקע שנמכרה לישראלי [שיכול להיות תאגיד] על ידי בעליה הלא ישראלי. הבעלים הלא ישראלי, שמכר את הקרקע לישראלי, עלול לחשוש לחייו בשל מכירה זו, שכן ״נשקפת סכנה לחייו של אדם המוכר קרקע לזר בכלל, וליהודי בפרט, בתחומי הרש״פ״ (תא (י-ם) 09-3329 **בקרי נ׳ חברת טל**, פורסם **בנבו** (2012)). על כן, כדי להגן על חייו של המוכר הלא ישראלי, הרוכש הישראלי מעביר את הקרקע לניהול הממונה על הרכוש הממשלתי. כנזכר, הממונה הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך ניהול הרכוש הממשלתי.

181 § הפרוצדורה הטיפוסית להעברת האדמות הייתה כזו: עו״ד פליאה אלבק ז״ל, מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה דאז, בחנה את עסקת המכר הנטענת בחינה קפדנית. אם הדברים צלחו את בדיקתה, פורסמה ברבים ״הכרזה על אדמות מדינה״. אם לא באו התנגדויות או עררים להכרזה, אושר ניהול הקרקע על ידי הממונה. משהועברה הקרקע לניהול הממונה הקצה הממונה את הקרקע לרוכש הקרקע הישראלי. ההקצאה לרוכש הישראלי נעשתה, באופן טיפוסי, בחוזה חכירה.

182 § **יישוב ישראלי באיו״ש שנבנה על גבי ״אדמות בניהול״ הוא יישוב ישראלי שנבנה כדין מן הבחינה הקניינית.** הבעלים הישראלי של המקרקעין הוא שביקש מן הממונה לנהל בעבורו את המקרקעין לצורך הקמת יישוב ישראלי, ומשהבעלים הוא שביקש את הדבר אין בהקמת היישוב כל פגם מן הבחינה הקניינית.

183 § מבחינה מעשית, כיום לא נהוג עוד שבעלים ישראלי פרטי שרכש קרקע באיו״ש מבעליה הלא ישראלי יעבירה לניהול הממונה. על המדיניות הנהוגה כיום מקום שישראלי רוכש קרקע פרטית באיו״ש, ראו בפרק 2.13 להלן.

184 § ברי כי אין בשינוי המדיניות המתואר כדי להשפיע על תוקפם של יישובים ישראליים שהוקמו בעבר כדין על ״אדמות בניהול״. החלטות בדבר שינוי מדיניות הן החלטות הצופות פני העתיד ואין להן תחולה רטרואקטיבית. ראו 154 § לעיל.

עמה שליטה ובין שאין עמה שליטה;

או רכוש שאחד מהם היה שותף בו;

(2) מקרקעין שנרכשו לצרכי ציבור על פי כל דין או תחיקת בטחון, על ידי רשות מרשויות צה״ל ועבור רשות מרשויות צה״ל שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית לתכנון ולבניה;

(3) רכוש שבעליו ביקש מאת הממונה לנהל אותו והממונה קיבל עליו את ניהולו״.

185 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות* המדינה, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן *בבעלות* המדינה כוללות אדמות *הרשומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה* בהן כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* (ובהם דנו בפרק 2.9) ו*"אדמות בניהול"*.

(ה) באשר ל*"אדמות בניהול"*: "אדמות בניהול" הוא ביטוי בז'רגון שפירושו אדמות שהן בבעלות אדם פרטי, ובעליהן הפרטי ביקש מהממונה על הרכוש הממשלתי שינהלן. הממונה הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך ניהול הרכוש הממשלתי באיו"ש.

(ו) המקרה הטיפוסי של "אדמות בניהול" הוא מקרה שבו מקרקעין בבעלות לא ישראלי נמכרו לישראלי. עקב החשש לחייו של המוכר הלא ישראלי מועברים המקרקעין לניהולו של הממונה על הרכוש הממשלתי.

(ז) **יישוב ישראלי באיו"ש שנבנה על גבי "אדמות בניהול" הוא יישוב ישראלי שנבנה כדין מן הבחינה הקניינית.** הבעלים הישראלי של המקרקעין הוא שביקש מן הממונה לנהל בעבורו את המקרקעין לצורך הקמת יישוב ישראלי, ומשהבעלים הוא שביקש את הדבר אין בהקמת היישוב כל פגם מן הבחינה הקניינית.

(ח) כיום לא נהוג עוד שבעלים ישראלי פרטי שרכש קרקע באיו"ש מבעליה הלא ישראלי יעבירה לניהול הממונה.

פרק 2.11: "אדמות היהודים" באיו"ש

186 § להשלמת התמונה בדבר נכסים המנוהלים על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, ראוי לדון בקצרה במה שמכונה "אדמות היהודים".[30]

187 § בתקופת המנדט הבריטי על ארץ ישראל רכשו יהודים רבים מקרקעין בהיקפים לא מבוטלים באיו"ש. הרכישות נעשו בין שעל ידי אנשים פרטיים בין שעל ידי גופים וארגונים. המנדט הבריטי השתרע הן על

[30] הביטוי "אדמות היהודים" אינו מדויק. למעשה, עניין לנו באדמות שנרכשו באיו"ש לפני שנת 1948 על ידי מי שהירדנים הגדירו "אויב" בשנים 1948-1967, בין שהוא יהודי ובין שלאו. משהביטוי "אדמות היהודים" הוא הביטוי שקנה לו שביתה, השתמשנו בו אף אנו. בהתאם לכך יש לקרוא את הביטוי "יהודים" בפרק זה כביטוי שמשמעו "כל מי שהירדנים הגדירו כ'אויב' בשנים 1967-1948."

השטח שבו מצויה כיום מדינת ישראל הן בשטחי איו״ש. כשם שיהודים רכשו מקרקעין בתקופת המנדט הבריטי בשטח שבו מצויה כיום מדינת ישראל כך הם רכשו מקרקעין בשטחי איו״ש.

188 § בשנים 1948-1967 שלטו הירדנים באיו״ש. הירדנים ראו ״אויב״ ביהודים אזרחי מדינת ישראל והחילו על נכסיהם שבאיו״ש את פקודת המסחר עם האויב, 1939. מכוחה של פקודה זו, לעיתים הוקנו ״אדמות היהודים״ הללו – כלומר האדמות באיו״ש, שרכשו יהודים לפני שנת 1948 – ל״אפוטרופוס הירדני על נכסי האויב״. בשנת 1967, עם כניסת כוחות צה״ל לאיו״ש, עלתה השאלה מה יהא דינם של מקרקעין אלו, המכונים, כאמור, ״אדמות היהודים״. נשיב על שאלה זו בעזרת הפסיקה המנחה.

189 § הסוגיה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בפעם הראשונה בעניין **עיזבון שכטר** (בג״ץ 1285/93, פורסם **בנבו** (1996)). מר שכטר ז״ל רכש בשנת 1937 חלקת קרקע באיו״ש, והיא נרשמה בבעלותו בספרי המקרקעין. בתקופת השליטה הירדנית נחשב מר שכטר ז״ל ״אויב״ בעיני הירדנים. על כן בתקופת השלטון הירדני באיו״ש בחלקה שלט האפוטרופוס הירדני על נכסי אויב. בשנת 1967, עם כניסת כוחות צה״ל לאיו״ש, עברה השליטה בחלקה לממונה על הרכוש הממשלתי באיו״ש. הממונה על הרכוש הממשלתי הוא אדם שמינה המפקד הצבאי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו״ש (ראו 69 § - 70 § לעיל). ״רכוש ממשלתי״ כולל, בין היתר, רכוש שהיה מוקנה למדינת ירדן.[31] על כן, כאמור, השליטה בחלקה עברה בשנת 1967 מהאפוטרופוס הירדני על נכסי אויב אל הממונה על הרכוש הממשלתי באיו״ש. יורשיו של מר שכטר ז״ל ביקשו כי הממונה ישחרר את החלקה אליהם. הממונה סירב, והדברים הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון.

190 § בית המשפט העליון קבע כי לנוכח הוראותיו הברורות של הדין, החלקה היא אכן ״רכוש ממשלתי״ שהוקנה כדין לממונה על הרכוש הממשלתי באיו״ש. מכיוון שכך, השאלה הנשאלת באשר ל״אדמות היהודים״ היא אם לממונה על הרכוש הממשלתי נתונה הסמכות **לשחרר** את הנכס ולהקנותו לבעליו המקורי. בית המשפט העליון ראה לנכון להותיר שאלה זו בצריך עיון, בקובעו כי ״ראש המינהל האזרחי **מוסמך** להחזיר רכוש שהחזקתו בו באה מכוח דיני המסחר עם האויב [...] עם זאת [...] אינה מוטלת עליו **חובה** לעשות כן״ (שם, בפסקה 15 לפסק הדין).

191 § השאלה הנוספת שנשאלה בעניין **עיזבון שכטר** הייתה אם ראש המנהל האזרחי הפעיל את סמכותו כראוי בשעה שהחליט **שלא** להחזיר את הרכוש לידי בעליו המקורי. ראש המנהל האזרחי החליט כך מטעמים מדיניים: ״עלולה השבת קרקעות של ישראלים לידי בעליהן לגרום לפגיעה ממשית בסדר הציבורי באזור״ (שם, בפסקה 18 לפסק הדין). בית המשפט העליון קבע כי אין עילה להתערבות בשיקול **מדיניות** זה, ועל כן נדחתה העתירה. בית המשפט העליון ציין כי רשם לפניו את הצהרת המדינה ולפיה הציעה לעותרים קרקע חלופית סמוכה (שם, בפסקה 20 לפסק הדין).

192 § פסק דין מנחה נוסף ניתן על ידי בית המשפט העליון בפרשת **ולירו** (בג״ץ 3103/06, פורסם **בנבו** (2011)). המדינה הצהירה בדיון כי ״עד אמצע שנות ה-90 היא נהגה במספר מקרים להחזיר לבעלים המקוריים את זכויותיהם במקרקעיהם, בין באופן ישיר ובין בזכויות בנייה. מאז 1997 עוצבה מדיניות ממשלתית המונעת שחרור קרקעות״ (שם, בפסקה 12 לפסק הדין). בית המשפט העליון קבע שם כי כאשר הנכס הוקנה לאפוטרופוס הירדני על נכסי אויב נוצר ״ניתוק הזיקה הקניינית של הבעלים המקורי לנכס המוקנה, והבעלות בהם הוקנתה״ לאפוטרופוס הירדני, וכי ״במצב הרגיל [...] הממונה הישראלי אינו אמור לשחררם לבעליהם המקוריים, אלא גורלם אמור להתברר במסגרת הסדרי שלום״. בית המשפט העליון העיר כי שאלה היא מה הדין לנוכח הסכם השלום עם ירדן ונוכח הקמת הרש״פ.

193 § בית המשפט העליון הדגיש בעניין **ולירו** כי שאלת השחרור של ״אדמות היהודים״ לבעליהם המקוריים היא שאלה של **מדיניות**, ו״מדיניות הממונה הישראלי [...] השוללת שחרור הנכסים לבעליהם המקוריים [...] כל עוד לא הושג הסדר שלום אינה טעונה התערבות שיפוטית״, זאת לנוכח הטעמים **המדיניים** שבבסיסה (שם, בפסקה 52-54 לפסק הדין). לפיכך העתירה שם נדחתה.

[31] ראו הגדרת ״רכוש ממשלתי״ בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס׳ 59), התשכ״ז–1967.

§ 194 פסק הדין העדכני ביותר בעניין "אדמות היהודים" הוא פסק דין **הרן** (רע"א 6684/13, פורסם **בנבו** (2014)). בפסק הדין אמר בית המשפט העליון את הדברים האלה:

"מדיניותה המוצהרת [של המדינה] היא כי אין ניתן להורות על שחרור קרקעות בבעלותם של יהודים, אשר נקבע לגביהם כי הם רכוש ממשלתי, מחמת שהוקנו לממונה הירדני או מחמת שנוהלו על-ידיו. בדיון בפנינו עוררנו את השאלה האם אין מקום להקמת מנגנון לבחינתם של חריגים למדיניות זו [...] על דרך הכלל קיים קושי להלום יישומה של מדיניות ללא חריגים [...] והמקרה שלפנינו, בו מדובר על אדמות יהודים המצויות בישוב יהודי, גבעת זאב, עשוי להעיד. אנו סבורים, כי על הגורמים הרלבנטיים לתת דעתם לשאלה זו, ויפה שעה אחת קודם" (שם, בפסקה כז לפסק הדין).

§ 195 **סיכומו של דבר**, המצב המשפטי בנוגע ל"אדמות היהודים" באיו"ש הוא כדלקמן:

(א) "אדמות היהודים" הוקנו לעיתים לאפוטרופוס הירדני על נכסי האויב, ולאחר שנת 1967 הם בבחינת "רכוש ממשלתי" המנוהל על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש. הזיקה הקניינית בין הבעלים המקורי לרכושו נותקה.

(ב) השאלה אם יש מקום שהממונה יורה על שחרור הנכס לבעליו המקורי היא בעיקרה שאלה של **מדיניות**. עד אמצע שנות ה-90 של המאה שעברה היו מקרים שבהם הנכסים שוחררו לבעליהם. מאז שנות ה-90 **המדיניות** היא שלא לשחרר את "אדמות היהודים" לבעליהן. בית המשפט העליון אישר **מדיניות** זו משלא מצא עילה להתערב בה.

(ג) בעת האחרונה המליץ בית המשפט העליון לממונה לשוב ולשקול **מדיניות** זו ולקבוע לה חריגים, בפרט במקום ש"אדמות היהודים" מצויות ביישוב ישראלי.

(ד) יש מקומות שבהם מדיניות הממשלה היא להקצות להתיישבות הישראלית את "אדמות היהודים" (ראו למשל את החלטות הממשלה בעניין היישוב היהודי בחברון).

פרק 2.11 סיכום ביניים:"אדמות היהודים"

196 § נסכם את דברינו עד כה בעניין "אדמות היהודים":

(א) "אדמות היהודים" הן נכסי מקרקעין שנרכשו באיו"ש לפני שנת 1948על ידי יהודים (בין שכפרטים בין שעל ידי גופים וארגונים). בזמן השליטה הירדנית באיו"ש, בשנים 1967- 1948, ראו הירדנים ביהודים "אויב", ולכן נכסיהם הוקנו לעיתים לאפוטרופוס הירדני על נכסי אויב. "אדמות היהודים" הוקנו אפוא לידי הרשויות הירדניות. עם כניסת כוחות צה"ל לאיו"ש בשנת 1967 הועברו הנכסים הללו לידי הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש, כשם שהועברו לידיו כל הנכסים של הרשויות הירדניות.

(ב) בית המשפט העליון קבע כי "אדמות היהודים" הן בבחינת "רכוש ממשלתי" וכי נותקה הזיקה הקניינית בין הבעלים המקורי לרכושו.

(ג) בית המשפט העליון הוסיף וקבע כי השאלה אם יש מקום שהממונה יורה על **שחרור** הנכס לבעליו המקורי היא בעיקרה שאלה של **מדיניות**. עד אמצע שנות ה-90 של המאה שעברה היו מקרים שבהם הנכסים שוחררו לבעליהם. מאז שנות ה-90 **המדיניות** היא שלא לשחרר את "אדמות היהודים" לבעליהן. בית המשפט העליון אישר **מדיניות** זו משלא מצא עילה להתערב בה.

(ד) בעת האחרונה המליץ בית המשפט העליון לממונה לשוב ולשקול מדיניות זו ולקבוע לה חריגים, בפרט במקום ש"אדמות היהודים" מצויות ביישוב ישראלי.

פרק 2.12: ניהול מקרקעין על ידי הממונה – ההקצאות החוזיות

197 § עמדנו על כך שיישוב ישראלי שנבנה על קרקע המנוהלת על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש הוא יישוב ישראלי שנבנה כדין מן הבחינה הקניינית. ראינו כי הממונה הוא מי שמינה המפקד הצבאי לצורך ניהול הרכוש הממשלתי והנטוש.

198 § "רכוש ממשלתי ונטוש" כולל קרקעות שהן *בבעלות* המדינה וקרקעות *המוחזקות* כדין על ידי המדינה. קרקעות שהן *בבעלות* המדינה כוללות אדמות *הדשומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* "אדמות מדינה" (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6). קרקעות *המוחזקות* כדין על ידי המדינה כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* (ובהם דנו בפרק 2.9) ו*"אדמות בניהול"* (ובהן דנו בפרק 2.10).

199 § הקרקעות הללו **כולן** מנוהלות על ידי הממונה. ניהולו של הממונה באיו"ש דומה לניהול מקרקעי ישראל בישראל על ידי רשות מקרקעי ישראל (לשעבר מנהל מקרקעי ישראל). מבחינה מעשית הממונה מנהל את הקרקעות באמצעות הקצאות חוזיות. כלומר, הממונה כורת חוזים שבמסגרתם הוא מעניק זכות שימוש במקרקעין למתקשרים החוזיים.

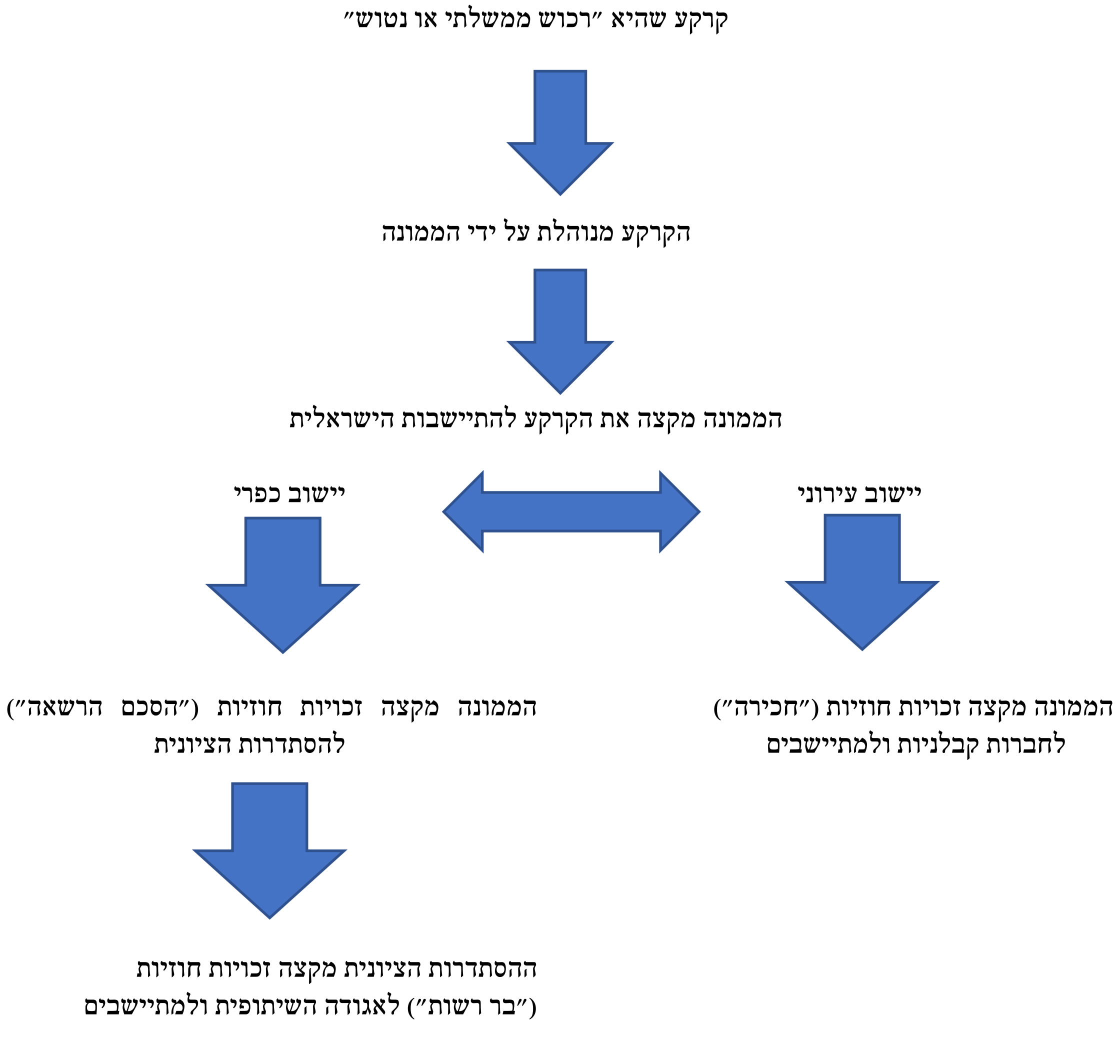
200 § כאשר הממונה מקצה מקרקעין להתיישבות הישראלית באיו"ש הוא אינו מקצה את זכות הבעלות במקרקעין הללו אלא אך זכות חכירה או זכות חזקה ושימוש.

201 § בנהלו את המקרקעין שהוקצו להתיישבות הישראלית מבחין הממונה בין יישוב *עירוני* ליישוב *כפרי*. יישוב *עירוני* מנוהל ישירות על ידי הממונה, כך שהממונה מקצה את המקרקעין **ישירות** למתיישב, ליזם או

לקבלן. בעבר הקצה הממונה קרקעות גם לחברות ממשלתיות (כגון 'שיכון ופיתוח' ו'עמידר'), וזאת במסגרת הבנייה התקציבית בשנות ה-80 וה-90 של המאה שעברה (עקב העלייה מברית המועצות לשעבר בתחילת שנות ה-90 נבנו בקרקעות הממונה קרוב ל-10,000 דירות בבנייה תקציבית). במסגרת הקצאות ביישובים העירוניים נותן הממונה חוזי חכירה הדומים לחוזים הניתנים ברשות מקרקעי ישראל.

§ 202 כאשר מדובר ביישוב *כפרי*, במרבית המקרים הסתייע הממונה בניהול המקרקעין בהסתדרות הציונית (החטיבה להתיישבות). במקרה זה שרשרת ההקצאה החוזית כללה התקשרות חוזית בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית ("הסכם הרשאה"), שבמסגרתה הקצה הממונה חטיבת קרקע להסתדרות הציונית ("שטח המשבצת") לצורך הקמת יישוב ישראלי. לאחר מכן התקשרה ההסתדרות הציונית עם האגודה השיתופית שהוקמה לצורך הקמת היישוב, ולבסוף התקשרה ההסתדרות הציונית בחוזה ("בר רשות") עם המתיישב הישראלי בהתאם להמלצת האגודה. תקופת הסכמי ההרשאה היא ל-49 שנים.

§ 203 אם נתאר בצורה גרפית את ניהול המקרקעין על ידי הממונה מקום שהמקרקעין משמשים לצורך ההתיישבות הישראלית, נקבל את התמונה הזאת:



§ 204 לנוכח מבנה הקצאה זה נקל להבין מדוע יש רישומים פנימיים אצל הממונה, בהסתדרות הציונית ובחברות הקבלניות באשר להקצאות החוזיות של המקרקעין שהקצו להתיישבות הישראלית. עוד בעניין הרישומים הפנימיים ועל חשיבותם לצורך בירור הזכויות במקרקעין באיו"ש, ראו 95 § - 96 § לעיל.

§ 205 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקניינים במקרקעין באיו״ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על ״אדמות המוחזקות כדין״.

(ב) ״אדמות המוחזקות כדין״ כוללות אדמות שהן ב*בעלות* המדינה, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) אדמות שהן ב*בעלות* המדינה כוללות אדמות ה*רשומות* על שם המדינה (ובהן דנו בפרק 2.3), אדמות *שהוכרזו* ״אדמות מדינה״ (ובהן דנו בפרק 2.4) ואדמות *שהופקעו כדין* לטובת המדינה (ובהן דנו בפרק 2.6).

(ד) אדמות שהמדינה *מחזיקה* בהן כדין כוללות אדמות *תפוסות בתפיסה צבאית* (ובהן דנו בפרק 2.8), *נכסי נפקדים* (ובהם דנו בפרק 2.9) ו״*אדמות בניהול*״ (ובהן דנו בפרק 2.10).

(ה) אדמות שהן ב*בעלות* המדינה ואדמות ה*מוחזקות* כדין על ידי המדינה מנוהלות כולן על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו״ש, אשר התמנה לצורך זה על ידי המפקד הצבאי.

(ו) במקום שהקרקעות הוקצו על ידי הממונה להתיישבות הישראלית, ההקצאה נעשית בדרך של התקשרות **חוזית** בין הממונה לבין הגורם שלו הוקצתה הקרקע. ביישובים עירוניים ההתקשרות החוזית היא בחוזה פיתוח וחכירה בין הממונה לחברה הקבלנית והמתיישבים. ביישובים כפריים במרבית המקרים ההתקשרות החוזית היא בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית. ההסתדרות הציונית מתקשרת בהמשך עם האגודה השיתופית של היישוב ועם המתיישבים עצמם. הממונה, ההסתדרות הציונית והחברות הקבלניות נוהגות לנהל רישום פנימי של הזכויות שהוקצו על ידם להתיישבות הישראלית, בדומה לנעשה ברשות מקרקעי ישראל.

(ז) הממונה מתקשר בחוזי חכירה או בחוזי הרשאה, אך הוא אינו מעביר בחוזים הללו את זכות **הבעלות** במקרקעין, בהתאם לעמדת המשפט הבינלאומי.

פרק 2.13: אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי – כללי

§ 206 ראינו שכדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על ״אדמות המוחזקות כדין״. ״אדמות המוחזקות כדין״ כוללות אדמות שהן ב*בעלות* המדינה, אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

§ 207 בפרקים הקודמים הבהרנו מהן אדמות שהן ב*בעלות* המדינה ומהן אדמות ה*מוחזקות* כדין על ידי המדינה, וציינו כי אדמות אלו כולן מנוהלות על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו״ש.

§ 208 כעת נעבור לדון באדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי.[32] יישוב ישראלי שהוקם על אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן במקום שבעל הקרקע – שהוא הרוכש הישראלי – מעוניין שעל אדמתו יוקם יישוב ישראלי, הקמת היישוב אינה פוגעת בקניינו הפרטי של מאן דהוא.

§ 209 דרך המלך שבה יכול אזרח ישראלי לרכוש בעלות במקרקעין באיו״ש – כמו בישראל ובעולם – היא באמצעות רכישת הקרקע מבעליה. עם זאת באיו״ש – בשונה מישראל – הוטלו על דרך רכישה זו מגבלות שונות כאשר מדובר ברכישה לצורך ההתיישבות הישראלית. נדון להלן במגבלות אלו.

§ 210 עוד נדון בסוגיה שעלתה בפסיקה בנוגע לרכישת זכויות במקרקעין על ידי ההתיישבות הישראלית באיו״ש, והיא הסוגיה הנוגעת להחזקת מקרקעין ועיבודם על ידי מתיישב ישראלי במשך תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק הקרקעות העות׳מאני.

פרק 2.14: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי

רכישה מותרת לישראלי – על ידי חברה בלבד

§ 211 מי שאינם ירדנים, ובכלל זה ישראלים, מנועים עד היום מלרכוש מקרקעין באיו״ש. מקורו של האיסור בחקיקה ירדנית ותיקה שלא בוטלה עד היום. חוק השכרת ומכירת נכסי דלא ניידי לזרים, חוק מס׳ 40 לשנת 1953, הוא החוק הירדני שקובע את האיסור האמור. סעיף 2 לחוק קובע כי ״אדם שאיננו ירדני לא ישכור נכס דלא ניידי בממלכה ההאשמית לתקופה [...] העולה על שלוש שנים בלתי אם השיג קודם היתר ממועצת השרים״. סעיף 3 לחוק קובע כי ״אדם שאיננו ירדני רשאי להיות בעלים של נכסי דלא ניידי בממלכה ההאשמית בתנאי שבעלות זו תצטמצם״ להקשרים המוגבלים המפורטים בחוק (שהם בעיקרם מגורים ועבודה וכן חקלאות לצורכי עצמו ולא למסחר), והכול בכפוף לאישור מועצת השרים.

§ 212 על כן, מעשית, רכישת קרקעות על ידי ישראלים באיו״ש מתאפשרת אך ורק על ידי חברות הרשומות באיו״ש. במקום שקרקע נרכשה על ידי חברה הרשומה באיו״ש, והחברה בוחרת להקצות את קרקעותיה לאזרחים ישראלים, כי אז המשמעות היא שאזרח ישראלי מחזיק במקרקעין באיו״ש כדין.

§ 213 האפשרות של תאגיד הרשום באיו״ש לרכוש קרקעות באיו״ש נובעת מחוק השימוש והחזקה בנכסי דלא ניידי על ידי אישיות משפטית, מס׳ 61 לשנת 1953. לפי חוק ירדני זה, תאגידים שאינם ירדניים אך **נרשמו בירדן** זכאים להיות בעלים של נכסי מקרקעין באיו״ש בכפוף לאישור מועצת השרים, ובלבד שהבעלות במקרקעין לא תהיה לצורכי מסחר (סעיף 5, 8 לחוק).

§ 214 הצו בדבר חוק השימוש והחזקה (תצרוף) של האישיות המשפטית בנכסי דלא ניידי (יהודה והשומרון) (מס׳ 419), התשל״א–1971 (להלן – צו 419), שהתקין המפקד הצבאי, משלים את התמונה המשפטית. צו 419 קובע כי סמכויות מועצת השרים לפי החוק הירדני הנ״ל יועברו לממונה, שהוא אדם שמינה המפקד הצבאי לצורך זה.[33] עוד קובע צו 419 כי ראש המנהל האזרחי מוסמך להתיר לחברות הרשומות באיו״ש לרכוש בעלות במקרקעין באיו״ש גם במקום שמדובר ברכישה לצורך מסחרי. מכאן שחברה ישראלית הרשומה במרשם החברות באיו״ש רשאית לרכוש מקרקעין באיו״ש בכפוף להיתר הניתן מאת ראש המנהל האזרחי (״היתר עסקה״).

---

[32] למען הדיוק: מדובר לא רק באזרחים **ישראלים** אלא בכל אדם שרכש כדין מקרקעין באיו״ש, והוא מעוניין שמקרקעיו ישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו של אותו אדם אשר תהא. מטעמי נוחות הלשון, ומאחר שזהו בכל זאת המצב הטיפוסי, השתמשנו בגוף הדברים ובמהלך הדו״ח בביטוי רכישה כדין על ידי ״אזרח **ישראלי**״. יש לקרוא את הדברים כאילו נכתב בהם ״רכישה על ידי אזרח **ישראלי** או על ידי **כל אזרח שמעוניין שמקרקעיו הפרטיים ישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו אשר תהא**״.

[33] הסמכויות הקבועות בצו 419 הוקנו לראש המנהל האזרחי. ראו צו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה והשומרון) (מס׳ 947), התשמ״ב–1981, תוספת שנייה, סעיף 94.

215 § סיכומו של דבר, **רכישה של מקרקעין באיו״ש בעבור אזרחים ישראלים אפשרית רק באמצעות תאגיד שנרשם באיו״ש.**

היתר עסקה

216 § שלא כמו בישראל, כל עסקאות המקרקעין באיו״ש – בין אלו המבוצעות על ידי מי שאינם ישראלים ובין אלו המבוצעות על ידי ישראלים – טעונות רשות מאת קמ״ט רישום מקרקעין במנהל האזרחי, שמינה לצורך זה המפקד הצבאי. רשות זו מכונה ״רישיון עסקה״, והפרטים הנוגעים ל״רישיון עסקה״ באיו״ש מפורטים בצו בדבר עסקאות במקרקעין (מס׳ 25) (יהודה והשומרון), התשכ״ז–1967.

217 § כמו כן עסקת מקרקעין שמבוצעת באיו״ש על ידי ישראלים – וכפי שראינו לעיל הדבר אפשרי רק על ידי חברה הרשומה באיו״ש – טעונה ״היתר עסקה״ מאת ראש המנהל האזרחי. הדרישה ל״היתר עסקה״, החלה על עסקאות מקרקעין שמבוצעות על ידי ישראלים באיו״ש, קבועה בחוק השכרת ומכירת נכסי דלא ניידי לזרים, מס׳ 40 לשנת 1953, חוק השימוש והחזקה בנכסי דלא ניידי על ידי האישיות המשפטית, מס׳ 61 לשנת 1953 וצו 419, הכול כפי שראינו ב-211 § - 214 § לעיל.

218 § ראו גם את התקנות בדבר עסקאות במקרקעין (רישיון עסקה) (יהודה והשומרון), התשע״ה–2015. התקנות קובעות את הפרוצדורה הנוגעת לקבלת ״רישיון עסקה״ ו״היתר עסקה״ באיו״ש. בתמצית, התקנות קובעות כי בקשה ל״רישיון עסקה״ תשמש ״אף כבקשה להיתר עסקה, במקום בו הוא נדרש״.

219 § סיכומו של דבר, **רכישה של מקרקעין באיו״ש בעבור אזרחים ישראלים אפשרית רק לאחר קבלת ״רישיון עסקה״ מאת קמ״ט רישום מקרקעין ורק לאחר קבלת ״היתר עסקה״ מאת ראש המנהל האזרחי.** הדרישה האחרונה ייחודית להתיישבות הישראלית באיו״ש.

220 § יישוב ישראלי שהוקם באיו״ש על אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית.

פרק 2.14 סיכום ביניים: רכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי

221 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על "אדמות המוחזקות כדין".

(ב) "אדמות המוחזקות כדין" כוללות אדמות שהן *בבעלות* המדינה (ראו הדיון בפרק 2.2—2.6), אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין (ראו הדיון בפרק 2.7-2.10) ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) באשר לאדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי: דרך המלך לרכישת מקרקעין באיו"ש על ידי אזרח ישראלי היא באמצעות **רכישת הקרקע מבעליה** בעסקה חוזית.

(ד) באיו"ש יש שתי מגבלות לביצוע עסקאות מקרקעין שהן **ייחודיות להתיישבות הישראלית**, והן אינן חלות על תושב איו"ש שאינו ישראלי הרוכש מקרקעין באיו"ש.

(ה) המגבלה האחת היא הדרישה שרכישת המקרקעין תיעשה על ידי חברה הרשומה באיו"ש. אדם פרטי ישראלי ותאגיד שאינו רשום באיו"ש אינם יכולים לבצע עסקת מקרקעין באיו"ש.

(ו) המגבלה האחרת הייחודית להתיישבות הישראלית באיו"ש היא הדרישה ל"היתר עסקה" מאת ראש המנהל האזרחי.

(ח) **יישוב ישראלי שהוקם על אדמות שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי הוא יישוב ישראלי שהוקם כדין מן הבחינה הקניינית, שכן במקום שבעל הקרקע – שהוא הרוכש הישראלי – מעוניין שעל אדמתו יוקם יישוב ישראלי, הקמת היישוב אינה פוגעת בקניינו הפרטי של מאן דהוא.**

פרק 2.15: החזקה ועיבוד במשך תקופת ההתיישנות על ידי אזרח ישראלי

חוק הקרקעות העות'מאני ו"טענת זכות"

222 § עמדנו לעיל[34] על כך שדין הקרקעות המהותי החל באיו"ש הוא חוק הקרקעות העות׳מאני, 1858. ראינו שחוק זה קובע כי הבעלות בקרקע מסוג "מירי" (שהיא, בהכללה, קרקע חקלאית) שייכת למדינה. החוק מוסיף וקובע בסעיף 78 כי מי שהחזיק ועיבד קרקע "מירי" במשך 10 שנים רצופות (ולא הפסיק לעבדה לתקופה של 3 שנים או יותר) זכאי לקבל את זכות השימוש וההחזקה בקרקע (המכונה "תצרוף"). זכות הבעלות עצמה ("רקבה") לעולם נותרת בידי המדינה.[35]

---

[34] ראו 55 § - 63 § לעיל.

[35] למען שלמות התמונה ראוי להזכיר גם את סעיף 20 לחוק הקרקעות העות׳מאני. לפי חוק הקרקעות העות׳מאני, יש להבחין בין התיישנות בקרקע "מירי" בין שני גורמים פרטיים לבין התיישנות בקרקע "מירי" בין גורם פרטי למדינה. בהתיישנות שטוען גורם פרטי בנוגע לקרקע של המדינה חל סעיף 78 לחוק הקרקעות העות׳מאני, שהזכרנו בגוף הדברים. לעומת זאת בהתיישנות בין שני גורמים פרטיים חל סעיף 20 לחוק הקרקעות העות׳מאני. סעיף 20 לחוק הקרקעות העות׳מאני קובע אף הוא תקופת התיישנות של

§ 223 עוד ראינו כי מכוחו של דין מהותי זה נוצרה הפרקטיקה של "הכרזה על אדמות מדינה". בהתאם לפרקטיקה זו, המדינה **גורעת** מתחומן של האדמות המוכרזות "אדמות מדינה" קרקעות חקלאיות שעובדו בעיבוד חקלאי במשך 10 שנים רצופות (ואשר עיבודן לא נזנח, בהתאם לקבוע בדין).

§ 224 לכאורה היה אפשר לסבור שדין מהותי זה צריך לחול ללא הבחנה הן על התושבים המוגנים הן על התושבים הישראליים באיו"ש, מכוח הכלל המשפטי הבסיסי שלפיו "הכול שווים בפני החוק". עמדת פרקליטות המדינה בעניין זה שונה, מתוך שהפרקליטות עומדת על ההבדל בין התושבים המוגנים באיו"ש לתושבים הישראלים באיו"ש.

§ 225 במסגרת עתירה שהתבררה בבית המשפט העליון בשנת 2009 טענה פרקליטות המדינה כי לא די שמתיישב ישראלי באיו"ש יחזיק בקרקע "מירי" ויעבדה במשך 10 שנים רצופות כדי להכיר בזכותו של המתיישב להמשיך להחזיק בקרקע ולעבדה בהתאם לסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, אלא – טענה פרקליטות המדינה – נוסף על כך נדרש שהאדם יוכיח את מקור זכותו *המשפטית* להחזיק בקרקע.

§ 226 טענה זו נטענת על ידי פרקליטות המדינה בנוגע לפרשנותו של חוק הקרקעות העות'מאני רק באשר להתיישבות הישראלית באיו"ש. הטענה *אינה* מועלית על ידי המדינה באשר לתושבים המוגנים באיו"ש, כעולה מהפרקטיקה של הכרזה על "אדמות מדינה", פרקטיקה הבוחנת אך ורק את עצם העיבוד החקלאי של הקרקע ולא את מקור הזכות המשפטית של המעבד.

§ 227 כמו כן הטענה *אינה* מועלית על ידי המדינה בשטח מדינת ישראל במסגרת הליכי הסדר. כנזכר, חוק הקרקעות העות'מאני הוא החוק החל בישראל בנוגע למקרקעין שאינם מוסדרים. בישראל במקום שעולה במסגרת הליכי הסדר מקרקעין שאלת זכותו של אדם פרטי להמשיך ולעבד קרקע שעובדה על ידו במשך תקופת ההתיישנות הקבועה בסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני,[36] המדינה מכירה בזכותו של המחזיק להמשיך ולהחזיק בקרקע גם ללא "טענת זכות" (ראו למשל ע"א 158/89 **מ"י נ' זועבי**, פורסם **בנבו** (2004)).

§ 228 בית המשפט העליון לא הכריע בטענתה זו של פרקליטות המדינה, אם כי נראה שנטה לקבלה (בג"ץ 5439/09 **עבדאלקאדר נ' ועדת העררים**, פורסם **בנבו** (2012), בפסקה 21-22 לפסק הדין).

§ 229 עמדת פרקליטות המדינה בנוגע ל"טענת זכות" משתלבת עם העמדה הכללית של המדינה באשר לסוגיה של ההגנה על **ההחזקה** באיו"ש, כפי שהתבטאה בצו המכונה "צו שימוש מפריע".

צו שימוש מפריע

§ 230 בשנת 2007 התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר מקרקעין (שימוש מפריע במקרקעין פרטיים) (יהודה והשומרון) (מס' 1586), התשס"ח–2007 (להלן – צו שימוש מפריע). צו שימוש מפריע עוסק במקרקעין *שאינם* רכוש ממשלתי. הצו קובע כי במקום שיש "חשד סביר" כי נעשה שימוש ללא זכות שבדין במקרקעין *שאינם* רכוש ממשלתי, רשאי ראש המנהל האזרחי או מי שהוסמך לכך מטעמו "להפסיק את השימוש" ו"לסלק כל דבר שיש בו שימוש", כאמור (סעיפים 1, 2 לצו שימוש מפריע).

§ 231 סמכותו זו של ראש המנהל האזרחי מוגבלת בזמן. הממונה **אינו** מוסמך להפעיל סמכויותיו לפי הצו אם חלפו **חמש שנים** ממועד תחילתו של השימוש. אם חל "שינוי מהותי באופי השימוש", מניין חמש השנים האמורות מתחיל מחדש מיום השינוי המהותי.

---

10 שנים, אולם הסעיף – שכאמור חל בסכסוכי מקרקעין במקום ששני גורמים פרטיים טוענים לזכויות בקרקע – קובע התיישנות דיונית בלבד. לעומתו, סעיף 78 – שחל בסכסוכי מקרקעין בין הפרט למדינה – קובע התיישנות מהותית בנוגע לזכות החזקה והשימוש בקרקע "מירי". ראו א' בן-שמש **חוקי הקרקעות במדינת ישראל** (התשי"ג) 55.

[36] בישראל תקופת ההתיישנות עומדת על 15 שנים באשר למקרקעין לא מוסדרים. ראו סעיף 22 לחוק ההתיישנות, התשי"ח–1958.

232 § בפועל, השימוש בסמכות זו נעשה כנגד ההתיישבות הישראלית באיו״ש בלבד. זאת, כך נראה, בשל הרצון להעניק הגנה מוגברת לזכויות התושבים המוגנים. לא נקבעו קריטריונים לשימוש בסמכות זו.

233 § מדובר בסמכות חריגה ביותר. הכלל הרגיל בעולם המשפט בישראל ובעולם הרחב הוא שבמקום שיש פלישה נטענת למקרקעין, הסמכות להורות על פינויו של הפולש הנטען נתונה לרשות **השופטת** בלבד ולא לרשות המבצעת, מתוך תפיסה שלפיה רק לרשות השופטת נתונים הכלים הסמכות לברר את השאלות העובדתיות והמשפטיות השנויות במחלוקת: ״חשוב בעיניי עצם העיקרון של האיסור על עשיית דין לעצמו, עליו יש לשמור בכל חומרתו וקיצוניותו, כדי שבעלי ריב ייהפכו לבעלי דין״ (ע״א 243/60 **פסטרנק נ׳ מ״י**, פ״ד יד 2284, 2293 (1960)).

234 § לתפיסה זו – בדבר סמכותה הייחודית של הרשות **השופטת** להורות על פינוי ממקרקעין – משקל נכבד במקום שמדובר בפלישה נטענת הנמשכת תקופה ארוכה, שכן המשפט מעניק חשיבות רבה לשמירה על ה״סטטוס קוו״ בתחום המקרקעין, כך שכל חריגה ממנו יכולה להיעשות רק על פי צו של הרשות **השופטת**, ושלה בלבד. החשש הוא שחריגה מה״סטטוס קוו״ לאחר החזקה ארוכת שנים במקרקעין תביא לידי פגיעה בסדר הציבורי. ראו יהושע ויסמן **דיני קניין – החזקה ושימוש** (חלק שלישי, התשס״ו) 50. לפיכך, הסמכות להורות על שינוי ה״סטטוס קוו״ ועל ביטולה של החזקה ארוכת שנים במקרקעין נתונה לרשות **השופטת** בלבד, לאחר הליך שבו תישמענה טענות הצדדים ותוצגנה הראיות הצריכות לעניין כדת וכדין. הליך שיפוטי מלא ותקין הוא – ורק הוא – שמעניק את הלגיטימציה הציבורית והמשפטית לשינוי ה״סטטוס קוו״.

235 § חריג לעיקרון הרחב שלפיו הרשות **השופטת** בלבד היא שמוסמכת לצוות על פינוי ממקרקעין קיים בנוגע ל״פלישה טרייה״. באשר ל״פלישה טרייה״ מותר לאדם לעשות דין לעצמו ולפנות את הפולשים, וחובה מוטלת על הרשות **המבצעת** – המשטרה – לסייע בידי האדם המסלק את הפולשים (ראו בג״ץ 2166/15 **הרשקוביץ נ׳ מפקד תחנת מוריה**, פורסם בנבו (2015); בג״ץ 8373/10 **קדוש נ׳ משטרת ישראל**, פורסם בנבו (2010); בג״ץ 477/81 **בן ישראל נ׳ מפכ״ל המשטרה**, פ״ד לו (4) 349 (1982)).

236 § ההצדקה לחריג ה״פלישה הטרייה״ היא שחריג זה הוא בבחינת ״תגובה אינסטינקטיבית, ספונטנית, שבמרבית המקרים תופעל על ידי מי שהוא בעל הזכויות האמִתי של הנכס״ (יהושע ויסמן, שם, בעמ׳ 81). לשון אחר: במקום שהפלישה ״טרייה״ אפשר להניח שהמתנגד לפלישה הוא הבעלים של המקרקעין גם לפני הבירור השיפוטי. כמו כן במקום שהפלישה ״טרייה״ הזדעקותו של הבעלים האמיתי נגדה היא טבעית וספונטנית ויש להגן עליה.

237 § על כל פנים, המצב המשפטי בישראל ובעולם הרחב הוא כי הרשות השופטת והיא בלבד מוסמכת להורות על פינויו של אדם ממקרקעין לאחר הליך שיפוטי כדת וכדין. הרשות **המבצעת** (המשטרה) מוסמכת לסייע לפינויו של אדם ממקרקעין רק במקום שמדובר ב״פלישה טרייה״.

238 § ״פלישה טרייה״ מוגדרת בישראל כפלישה שלא חלפו **שלושים ימים** מיום שאירעה (סעיף 18(ב) לחוק המקרקעין, התשכ״ט–1969). באשר למקרקעי ציבור בישראל, יש הוראה מיוחדת שלפיה הפלישה ״טרייה״ והרשות **המבצעת** (בעלת הקרקע) מוסמכת לפנות את הפולש אם לא חלפו **שלושים ושישה חודשים** מיום הפלישה (סעיף 4 לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), תשמ״א–1981).

239 § לעומת זאת בצו שימוש מפריע, החל באיו״ש, מדובר בפרקי זמן ארוכים פי כמה וכמה שבמסגרתם מוענקת לרשות **המבצעת** סמכות לפנות אדם ממקרקעין ללא הליך **שיפוטי**. כנזכר, מדובר על **חמש שנים** ממועד תחילתה של הפלישה הנטענת, ומניין השנים **מתחיל מחדש** אם חל ״שינוי מהותי באופי השימוש״ במקרקעין.

240 § בית המשפט העליון ציין כי התקופה הארוכה הקבועה ב"צו שימוש מפריע" נובעת מה"מצב המיוחד השורר באזור יהודה ושומרון, בו לעתים לבעלי מקרקעין אין ידיעה על הנעשה באדמותיהם". עוד נובעת התקופה הארוכה האמורה מהחובות המוטלות על המפקד הצבאי בהקשר זה (עניין **חושיה** (בג"ץ 1315/12, פורסם בנבו (2014). כן ראו עניין **אמנה** (בג"ץ 548/04, פ"ד נח(3) 373 (2004)).

241 § עם זאת בית המשפט העליון הוסיף והדגיש כי "גם בהתחשב בנסיבות המיוחדות השוררות באזור יהודה ושומרון, הסמכות לנקוט באמצעים מנהליים נגד פולש מוגבלת בזמן" (עניין **חושיה**, שם, בפסקה 4 לפסק הדין).

242 § על כן, במקום שלא התקיימו התנאים הקבועים בצו שימוש מפריע אין לרשות **המבצעת** סמכות לפעול לפינויו של המחזיק במקרקעין. הטוען לזכויות במקרקעין יוכל לפתוח בהליך **שיפוטי–אזרחי** נגד הפולש הנטען. בית המשפט האזרחי המוסמך (שהוא בית משפט השלום או בית המשפט המחוזי בירושלים) ישמע את טענות הצדדים, יבחן את ראיותיהם ויכריע במחלוקת בהתאם לדין (ראו בג"ץ 953/11 **סאלחה נ' שר הביטחון**, החלטה מיום 14.2.16).

243 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים הקנייניים במקרקעין באיו״ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהם יימצאו על ״אדמות המוחזקות כדין״.

(ב) ״אדמות המוחזקות כדין״ כוללות אדמות שהן *בבעלות* המדינה (ראו הדיון בפרק 2.2–2.6), אדמות שהמדינה *מחזיקה בהן* כדין (ראו הדיון בפרק 2.7-2.10) ואדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי.

(ג) באשר לאדמות *שנרכשו כדין* על ידי אזרח ישראלי: דרך המלך לרכישת מקרקעין באיו״ש על ידי אזרח ישראלי היא באמצעות רכישת הקרקע מבעליה בעסקה חוזית (ראו הדיון בפרק 2.13).

(ד) קיימת שאלה משפטית מורכבת והיא אם יש דרך נוספת לרכישת זכויות באיו״ש על ידי אזרח ישראלי: האם במקום שאזרח ישראלי מחזיק במקרקעין באיו״ש ומעבד אותם במשך תקופת ההתיישנות, רכש האזרח הישראלי זכויות במקרקעין מכוח החזקה והעיבוד ארוכי השנים?

(ה) חוק הקרקעות העות׳מאני, שהוא החוק המהותי החל באיו״ש, קובע כי שמקום שאדם החזיק בקרקע ועיבד אותה במשך **10 שנים** – יהיה האדם זכאי להמשיך ולהחזיק בקרקע. כלומר, הדין המהותי באיו״ש קובע כי החזקה ועיבוד ארוכי שנים מעניקים זכויות קניין במקרקעין.

(ו) בשנת 2009 הביעה פרקליטות המדינה עמדה באשר להתיישבות הישראלית באיו״ש, ולפיה אם האדם שהחזיק בקרקע ועיבד אותה במשך תקופת ההתיישנות הוא מתיישב ישראלי, לא יהיה די בהחזקה ובעיבוד כדי להקנות למתיישב הישראלי זכויות במקרקעין. לעמדת פרקליטות המדינה, המתיישב הישראלי באיו״ש יצטרך בכל מקרה להוכיח את זכותו להחזיק במקרקעין ולעבדם. כלומר, האזרח הישראלי יצטרך להוכיח כי רכש את המקרקעין מבעליהם ב״דרך המלך״ (טענה זו מכונה ״טענת זכות״).

(ז) בית המשפט העליון לא הכריע בטענתה זו של המדינה, אך נראה כי נטה לקבלה (בג״ץ 5439/09 **עבדאלקאדר**).

(ח) עמדה זו של פרקליטות המדינה, שראשיתה בשנת 2009, מתיישבת עם ״צו שימוש מפריע״ שהתקין המפקד הצבאי בשנת 2007. ״צו שימוש מפריע״ הוא צו המסמיך את ראש המנהל האזרחי להורות על פינויו של אדם שהחזיק קרקע לתקופה של עד 5 **שנים**. התקופה יכולה להיות ארוכה יותר אם המעבד שינה את אופי עיבוד המקרקעין ״שינוי מהותי״. ״צו שימוש מפריע״ מוחל אך ורק בנוגע להתיישבות הישראלית באיו״ש.

(ט) ״צו שימוש מפריע״ הוא צו חריג מבחינה משפטית. התפיסה המשפטית המקובלת בארץ ובעולם היא כי פינוי אדם ממקרקעין שהחזיק בהם תקופה ממושכת יכול להיעשות רק על פי צו של הרשות **השופטת** ולא על פי החלטה של הרשות **המבצעת**. ביסוד תפיסה זו מונחת הכרה בחשיבותה של הרשות השופטת ובלגיטימציה הציבורית הרחבה שיש להכרעותיה, הכרעות המתקבלות לאחר הליך שיפוטי שבו נשמעות טענות ומוצגות ראיות.

(י) אם חלפה התקופה הקבועה ב"צו שימוש מפריע", אין לרשות **המבצעת** סמכות לפעול לפינויו של המחזיק במקרקעין באיו"ש. מי שטוען כי מדובר במחזיק שפלש למקרקעין שלא כדין, יוכל לפתוח בהליך **שיפוטי**–**אזרחי** נגד הפולש הנטען. בית המשפט האזרחי המוסמך (שהוא בית משפט השלום או בית המשפט המחוזי בירושלים) ישמע את טענות הצדדים, יבחן את ראיותיהם ויכריע במחלוקת בהתאם לדין.

פרק 2.16: סיכום הפרק השני – היבטים קניינים באיו"ש

§ 244 תנאי לכך שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים הוא שהיישוב או השכונה יימצאו על אדמות מוחזקות כדין. זהו תנאי מרכזי וייחודי להסדרת ההתיישבות באיו"ש. במדינת ישראל ובעולם הרחב אין כל קשר בין הקמתו של יישוב לבין הבעלות במקרקעי היישוב. יישוב יכול להיות מוקם על קרקע מדינה או על קרקע פרטית של מאן דהוא, וכך מקובל וטבעי.

§ 245 באיו"ש הדין שונה: יישוב ישראלי באיו"ש מוקם כדין אך ורק על אדמות מוחזקות כדין.

§ 246 אדמות הן "מוחזקות כדין" ואין מניעה קניינית להקים עליהן יישוב או שכונה ישראליים בשלושה מקרים: אם האדמות הן ב*בעלות* המדינה, אם הן *מוחזקות* כדין על ידי המדינה או שהן *נרכשו* כדין על ידי אזרח ישראלי.

§ 247 האדמות הן ב*בעלות* המדינה במקרים האלה: האדמות **רשומות** במרשמי המקרקעין על שם המדינה; האדמות **הוכרזו** "אדמות מדינה" לאחר בירור מקיף בהתאם לדין הקרקעות המהותי; האדמות **הופקעו** כדין לטובת המדינה בהתאם לחקיקת ההפקעה הירדנית התקפה.

§ 248 האדמות *מוחזקות* כדין על ידי המדינה במקרים האלה: הקרקע תפוסה ב**תפיסה צבאית**; הקרקע היא בבחינת "**נכסי נפקדים**"; הקרקע היא "**אדמות בניהול**", כלומר קרקעות בבעלותו של אדם [או תאגיד] פרטי שהעבירן לניהול המדינה.

§ 249 המדיניות כיום היא להקים יישובים חדשים באיו"ש על אדמות שהן **בבעלות** המדינה. אין בכך כדי לפגוע בתוקפם של יישובים שהוקמו בעבר על אדמות המוחזקות כדין על ידי המדינה. כך מתחייב מהכלל המשפטי שלפיו שינוי מדיניות אינו בעל תחולה רטרואקטיבית כדי שלא לפגוע בציפיות ובהסתמכות סבירה של הפרט.

§ 250 באשר לקרקעות באיו"ש שנרכשו כדין על ידי אזרח ישראלי:[37] אין מניעה להקים על קרקעות אלו יישוב ישראלי. הקמת יישוב כזה, הנעשית בהסכמתו של בעל המקרקעין הישראלי, אינה פוגעת בקניינו הפרטי של מאן דהוא.

§ 251 אזרח ישראלי יכול לרכוש קרקעות באיו"ש רק באמצעות תאגיד ולאחר קבלת היתר עסקה.

§ 252 יש שאלה משפטית מורכבת אם אזרח ישראלי יכול לרכוש זכויות קניין באיו"ש מכוח חזקה ועיבוד ארוכי שנים, בהתאם לדיני ההתיישנות החלים באיו"ש. עמדת פרקליטות המדינה היא כי התשובה לשאלה זו שלילית. בית המשפט העליון נטה לקבל עמדה זו אך לא הכריע בה.

---

[37] נשוב ונבהיר למען הדיוק: מדובר לא רק באזרחים **ישראלים** אלא בכל אדם שרכש כדין מקרקעין באיו"ש, והוא מעוניין שמקרקעיו ישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו של אותו אדם אשר תהא. ראו הערת שוליים 32 לעיל.

253 § עד כאן ההיבטים הקנייניים הצריכים לעניין הסדרתם של יישובים ושכונות ישראליים באיו״ש. כעת נעבור לדון בתנאי השני הנדרש לצורך הסדרתו של יישוב באיו״ש, והוא התנאי התכנוני.

פרק שלישי: היבטים תכנוניים באיו"ש

פרק 3.1: חוק התכנון הירדני וצו 418

§ 254 כפי שראינו בפרק הראשון, כדי שיישוב או שכונה באיו״ש יהיו מוסדרים כדין נדרש שהיישוב או השכונה יוסדרו מן הבחינה התכנונית, כלומר יהיו בנויים בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים במקום.

§ 255 דין התכנון והבנייה החל באיו״ש הוא חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס׳ 79), לשנת 1966 (להלן – חוק התכנון הירדני). חוק ירדני זה החליף את החוק הירדני שקדם לו (חוק תכנון ערים כפרים ובניינים (מס׳ 31), לשנת 1955). קודם לחקיקה הירדנית חלשה באיו״ש החקיקה הבריטית בתחום דיני התכנון והבנייה (פקודת בניין ערים, 1921, ולאחריה – פקודת בניין ערים, 1936).

§ 256 החקיקה הבריטית בתחום דיני התכנון והבנייה השפיעה גם על החקיקה הישראלית: חוק התכנון והבנייה, התשכ״ה–1965, החל בישראל, החליף בישראל את החקיקה המנדטורית שקדמה לו ואשר השפיעה עליו (פקודת בניין ערים, 1921, ופקודת בניין ערים, 1936).

§ 257 יש דמיון רב בין חוק התכנון הירדני לחוק התכנון והבנייה הישראלי, וכן דמיון בין חוקים אלו לפקודות המנדטוריות שקדמו להן.

§ 258 הדמיון בין דברי החקיקה מתבטא בקיומם של שלושה עקרונות מרכזיים בדיני התכנון והבנייה החשובים לענייננו, והם: קיומם של **מוסדות תכנון** (ועדות מחוזיות, ועדות מקומיות וכו׳); **התוכנית** כתנאי לקיומם של הליכי תכנון ובנייה ולקידומם; הצורך **בהיתר** בנייה[38] שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה.

§ 259 על רגל אחת אפשר לומר כי בנייה באיו״ש, כמו בישראל, היא חוקית אם היא תואמת **היתר** בנייה שהוצא כדין מכוחה של **תוכנית תקפה** שאושרה על ידי **מוסד תכנון** מוסמך.

§ 260 המפקד הצבאי הכניס תיקונים רבים בחוק התכנון הירדני באמצעות צו תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה והשומרון) (מס׳ 418), התשל״א–1971, והצווים שבאו בעקבותיו (להלן – צו 418). בית המשפט העליון אישר את חוקיותו של צו 418 (ראו בג״ץ 4154/91 **דודין נ׳ מפקד כוחות צה״ל**, פ״ד מו (1) 89 (1991)).

§ 261 עדיין, למרות התיקונים הרבים, העקרונות הכלליים הנ״ל נשמרו: **מוסד תכנון; תוכנית; היתר בנייה.**

§ 262 חרף הדמיון בעקרונות הכלליים, רבים ההבדלים בין דיני התכנון והבנייה באיו״ש לדינים בישראל, ונעמוד על כך עוד בהמשך הדברים.

§ 263 כעת נרחיב בעניין שלושת העקרונות הכלליים הנ״ל – מוסדות התכנון, התוכניות וההיתר – כפי שהם קבועים בדין באשר להתיישבות הישראלית באיו״ש.

[38] חוק התכנון הירדני משתמש בביטוי ״רישיון בנייה״ ולא בביטוי ״היתר בנייה״. משמעות של ״רישיון בנייה״ לפי חוק התכנון הירדני זהה למשמעותו של ״היתר בנייה״ לפי חוק התכנון הישראלי. לפיכך, נהוג לכנות גם את ״רישיונות הבנייה״ באיו״ש ״היתרי בנייה״.

פרק 3.2: מוסדות התכנון באיו"ש

מועצת התכנון העליונה (מת"ע)

§ 264 חוק התכנון הירדני, כפי שתוקן בצו 418, קובע כי באיו״ש פועלים למעשה שני מוסדות תכנון, ושניים בלבד: **מועצת התכנון העליונה**, המכונה מת״ע, וכן – בנוגע להתיישבות הישראלית באיו״ש – **ועדות התכנון המיוחדות**, שהן ״ועדות מקומיות״ לתכנון ובנייה.

§ 265 בתמצית, מת״ע היא המוסד שמאשר **תוכניות** באיו״ש, והוועדות המקומיות הן המוסד שמוסמך להוציא **היתרי בנייה** מכוחה של תוכנית תקפה המאפשרת הוצאת היתרים. כמו כן הוועדות המקומיות הן גורם ממליץ בנוגע לתוכניות שמבקשים לקדם בתחומן.

§ 266 על כן ככלל, **כדי שיישוב או שכונה באיו״ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהם יתאמו תוכנית בנייה שאושרה כדין על ידי מת״ע וכן היתר בנייה שהוצא על ידי הוועדה המקומית מכוחה של תוכנית המאפשרת הוצאת היתרים.**

ביטול הוועדות המחוזיות והקמת ועדות המשנה למת"ע

§ 267 בחוק התכנון הירדני במקורו היו שלושה מוסדות תכנון: מת״ע, ועדות מחוזיות וועדות מקומיות. במסגרת צו 418 ביטל המפקד הצבאי את הוועדות המחוזיות, וסמכויותיהן הוענקו למועצת התכנון העליונה (סעיף 2 לצו 418). על כן כיום פועלים באיו״ש, כאמור, שני מוסדות תכנון בלבד.

§ 268 סעיף 7א לצו 418 מסמיך את מועצת התכנון העליונה לאצול את סמכויותיה לוועדות משנה שתקים. בית המשפט העליון אישר את פעולתה של מת״ע באמצעות ועדות משנה, והיא אצלה להן את סמכויותיה. ראו בג״ץ 10408/06 ***קבהה נ׳ מת״ע***, פורסם **בנבו** (2007).

§ 269 מת״ע הקימה כמה ועדות משנה ואצלה להן מסמכויותיה: ועדת המשנה לתכנון ורישוי; **ועדת המשנה להתיישבות**; ועדת המשנה לדרכים, מסילות ברזל ושדות תעופה; ועדת המשנה לאיכות הסביבה; ועדת המשנה לכרייה וחציבה; ועדת המשנה להתנגדויות (ראו מינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה והשומרון), התשס״ט–2009).

ועדת המשנה להתיישבות

§ 270 לוועדת המשנה להתיישבות, שהקימה מת״ע, הואצלו הסמכויות האלה:

> *״לוועדת המשנה להתיישבות יהיו נתונות סמכויות מועצת התכנון העליונה וסמכויות ועדה מחוזית לגבי כל מקום הכלול בתחום מועצה אזורית, כהגדרתה בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס׳ 783), התשל״ט–1979, או בתחום מועצה מקומית, כהגדרתה בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (מס׳ 892), התשמ״א–1981... ולגבי כל ענין הקשור באופן ישיר במקום כאמור״* (סעיף 5(א) למינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה והשומרון), התשס״ט–2009).

§ 271 כמו כן הואצלה לוועדת המשנה להתיישבות הסמכות לדון במקומות שאינם כלולים בתחום מועצה אך יש לראותם כאילו הם כלולים בתחום מועצה, מאחר שהמקום הוא ״בעל זיקה מכרעת לתחום מועצה״ (סעיף 5(ב) למינוי הנ״ל).

§ 272 במילים אחרות: ועדת המשנה להתיישבות היא המוסד התכנוני המוסמך לדון באישור תוכניות בהתיישבות הישראלית באיו״ש.

§ 273 על כן, **כדי להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו״ש, נדרש שבנוגע ליישוב או לשכונה תאושר תוכנית על ידי ועדת המשנה להתיישבות.**

ועדת המשנה להתנגדויות

§ 274 סמכויות ועדת המשנה להתיישבות ***אינן*** כוללות את הסמכות לדון בהתנגדויות, בדרכים, באיכות הסביבה ובכרייה וחציבה. סמכויות אלו נתונות לוועדות משנה אחרות שהקימה מת״ע (סעיף 5(ג) לכתב המינוי הנ״ל).

§ 275 ועדת המשנה להתנגדויות, שהקימה מת״ע, היא המוסד התכנוני המוסמך לדון בהתנגדויות לתוכניות באיו״ש, לרבות התנגדויות לתוכנית העוסקת בהתיישבות הישראלית באיו״ש (סעיף 13 לכתב המינוי הנ״ל).

§ 276 המבנה בנוגע למוסדות המוסמכים לאשר תוכנית העוסקת בהתיישבות הישראלית באיו״ש הוא אפוא המבנה הזה:

ועדת המשנה <u>להתיישבות</u> מאשרת הפקדת התוכנית לצורך שמיעת ההתנגדויות

ועדת המשנה <u>להתנגדויות</u> שומעת את ההתנגדויות לתוכנית

ועדת המשנה <u>להתיישבות</u> מאשרת התוכנית

§ 277 כלומר, **כדי להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו״ש נדרש שבנוגע ליישוב או לשכונה תאושר תוכנית על ידי ועדת המשנה להתיישבות** לאחר שנשמעו התנגדויות לתוכנית (אם הוגשו התנגדויות) לפני ועדת המשנה להתנגדויות.

ועדת המשנה לתכנון ורישוי

§ 278 ראינו כי חלק הארי של התוכניות הנוגעות להתיישבות הישראלית באיו״ש מתאשרות על ידי ועדת המשנה להתיישבות. עם זאת יש תוכניות הנוגעות להתיישבות הישראלית באיו״ש אשר הגורם המוסמך לאשרן הוא ועדת המשנה לתכנון ורישוי.

§ 279 ועדת המשנה לתכנון ורישוי, שהקימה מת״ע, היא המוסד התכנוני באיו״ש אשר לו הואצלו הסמכויות **השיוריות**, שאינן נתונות לשום ועדת משנה אחרת של מת״ע (סעיף 3 לכתב המינוי הנ״ל). על כן, לוועדת המשנה לתכנון ורישוי נתונה הסמכות לאשר תוכניות הנוגעות להתיישבות הישראלית באיו״ש שאינן נתונות לסמכותה של ועדת המשנה להתיישבות.

§ 280 סמכותה של ועדת המשנה להתיישבות לדון בתוכניות הנוגעות להתיישבות הישראלית באיו״ש מוגבלת, כנזכר, ל**תחומן של המועצות הישראליות** באיו״ש (וכן לתחום של מקומות שהם ״בעלי זיקה מכרעת לתחום מועצה״).

§ 281 הלכך, במקום שההתיישבות הישראלית באיו״ש נדרשת לפרויקט בנייה שהוא מחוץ לתחומן של המועצות הישראליות, הסמכות לאשר את התוכנית הנוגעת לפרויקט זה נתונה לוועדת המשנה לתכנון ורישוי.

הוועדות המיוחדות

§ 282 חוק התכנון הירדני קבע כי בערים ובמועצות הכפריות יוקמו ועדות **מקומיות** לתכנון (סעיף 9(1) לחוק). חוק התכנון הירדני הוסיף וקבע כי הוועדות המקומיות הן הגוף התכנוני המוסמך להוציא היתרי בנייה, וכן הגוף המוסמך להכין תוכניות מתאר ותוכניות מפורטות ולפקח על עבודות הבינוי בתחומן (סעיף 9(2) לחוק).

§ 283 בצו 418 הקים המפקד הצבאי את ״ועדות התכנון המיוחדות״, שהן המקבילה לוועדות **המקומיות** בנוגע להתיישבות הישראלית באיו״ש (סעיף 2א לצו 418). הרשויות המקומיות הישראליות באיו״ש[39] מונו ל״ועדות תכנון מיוחדות״, והוקנו להן בתחומן הסמכויות של הוועדות **המקומיות** לתכנון ובנייה (צו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות (יהודה והשומרון), התשס״ח–2008 ; מינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס״ח–2008).

§ 284 הסמכויות שניתנו ל״ועדות המיוחדות״ **אינן מלוא** הסמכויות הנתונות לוועדות מקומיות לפי חוק התכנון הירדני. רשויות המנהל האזרחי באיו״ש יצרו הבחנה בין סמכויות הנוגעות לתחום שבו יש תוכנית שאושרה על ידי מת״ע לאחר מועד כניסת צה״ל לאיו״ש, לבין תחום שאין בו תוכנית כזו. ל״ועדות המיוחדות״ – כלומר לוועדות המקומיות של ההתיישבות הישראלית באיו״ש – ניתנה סמכות להוציא היתרי בנייה בתחומן רק במקום שיש תוכנית שאושרה על ידי מת״ע **לאחר** מועד כניסת צה״ל לאיו״ש. ל״ועדות המיוחדות״ ניתנה הסמכות להמליץ למת״ע בדבר תוכניות מוצעות וכן לקדם תוכניות בנוגע ל**מלוא** מרחב התכנון שלהן (מינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס״ח–2008).

§ 285 לפיכך, **כדי להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו״ש נדרש שהוועדות המקומיות (״הוועדות מיוחדות״) תוצאנה היתר בנייה על פי תוכנית שאישרה מועצת התכנון העליונה לאחר יום כניסת צה״ל לאיו״ש. כמו כן הוועדה המקומית יכולה להכין את התוכנית האמורה** ולהביאה לפני מועצת התכנון העליונה, אף שסמכות קידום התוכנית ואישורה יהיו בידי מועצת התכנון העליונה.

לשכת התכנון המרכזית

§ 286 לסיום הסקירה הנוגעת לגופי התכנון באיו״ש ראוי להזכיר את לשכת התכנון המרכזית. לשכת התכנון המרכזית באיו״ש היא הגוף המקביל למנהל התכנון בישראל. חוק התכנון הירדני הקים את ״הלשכה המרכזית לתכנון הערים והכפרים״. הלשכה הוסמכה להכין תוכניות אזוריות וכן תוכניות מתאר בעבור הערים שאין להם תוכניות כאלו. עוד הוסמכה הלשכה לסייע בתחומי התכנון לגורמים הזקוקים לכך (סעיף 7 לחוק התכנון הירדני).

[39] על הרשויות המקומיות הישראליות באיו״ש, ראו להלן בפרק הרביעי לדו״ח זה. בתמצית, הכוונה למועצות האזוריות ולמועצות המקומיות הישראליות באיו״ש.

§ 287 מנהל לשכת התכנון או נציגו עומדים כיום בראש מועצת התכנון העליונה (מת״ע). כמו כן מנהל לשכת התכנון או נציגו עומדים בראש כל אחת מוועדות המשנה של מועצת התכנון העליונה (ראו מינוי חברי מועצת התכנון העליונה, התשע״ג–2013; *מינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה* (יהודה והשומרון), התשס״ט–2009. לפעולתה של מת״ע באמצעות ועדות משנה, ראו 267 § - 269 § לעיל).

§ 288 על כן, **כדי להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו״ש, יכול שלשכת התכנון המרכזית תכין תוכנית מתאימה, במקום שאין תוכנית תקפה שכזו. התוכנית תובא בהמשך לאישורה של מועצת התכנון העליונה באמצעות ועדות המשנה שלה (ועדת המשנה להתיישבות).**

§ 289 עד כאן מוסדות התכנון באיו״ש, ומכאן נעבור לסקור את סוגיית התוכניות באיו״ש. בטרם נעשה כן נסכם את דברינו.

290 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש:

(א) באיו"ש חל חוק התכנון הירדני, בהתאם לשינויים שהכניס בחוק זה המפקד הצבאי בצו 418.

(ב) בהתאם לדיני התכנון הנ"ל, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם ל**היתר בנייה** שהוצא מכוחה של **תוכנית** תקפה אשר אושרה על ידי **מוסד תכנון מוסמך**.

(ג) **מוסד התכנון המוסמך** לאשר תוכניות באיו"ש הוא מועצת התכנון העליונה (מת"ע). מועצת התכנון העליונה פועלת באמצעות ועדות משנה שאצלה להן מסמכויותיה.

(ד) תוכנית שתבקש להסדיר את ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא על פי רוב תוכנית *שתופקד* על ידי **ועדת המשנה להתיישבות** של מת"ע, תועבר לאחר מכן *לשמיעת התנגדויות* ל**וועדת המשנה להתנגדויות** של מת"ע, ולבסוף תשוב התוכנית ל**וועדת המשנה להתיישבות** *תאושר* על ידה.

(ה) **מוסד התכנון המוסמך** להוציא היתרים מכוחה של תוכנית תקפה באיו"ש בנוגע להתיישבות הישראלית הוא ככלל "הוועדות המיוחדות". הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש הוסמכו לשמש "ועדות מיוחדות". ל"ועדות המיוחדות" הוענקו רבות מהסמכויות הנתונות בחוק התכנון הירדני לוועדות **מקומיות**.

(ו) סמכותן של הוועדות המיוחדות (הוועדות המקומיות) להוציא היתרי בנייה בנוגע להתיישבות הישראלית באיו"ש קיימת רק במקום שההיתרים מוצאים מכוחה של תוכנית שאישרה מת"ע **לאחר** כניסת צה"ל לאיו"ש.

(ז) לשכת התכנון המרכזית, שהיא הגוף המקביל למנהל התכנון בישראל, מוסמכת, בין היתר, להכין תוכניות במקום שאין תוכנית תקפה באיו"ש.

(ח) לפיכך, **כדי להסדיר מהבחינה התכנונית יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש באופן טיפוסי:**

נדרש כי תוכן תוכנית ליישוב (אם אין תוכנית) <=

התוכנית תאושר להפקדה על ידי ועדת המשנה <u>להתיישבות</u> של מת"ע <=

ההתנגדויות לתוכנית יישמעו על ידי ועדת המשנה <u>להתנגדויות</u> של מת"ע <=

התוכנית תאושר על ידי ועדת המשנה <u>להתיישבות</u> של מת"ע <=

הוועדה המקומית ("הוועדה המיוחדת") תוציא היתר מכוחה של התוכנית.

פרק 3.3: התוכניות באיו"ש

מדרג התוכניות

§ 291 חוק התכנון הירדני קבע מדרג של תוכניות בדומה למדרג התוכניות בישראל:

תוכנית תכנון **אזורית**

תוכנית תכנון **מתארית**

תוכנית תכנון **מפורטת**

§ 292 "תוכנית **אזורית**" באיו"ש מכונה בז'רגון גם "תמ"א" (בדומה לתוכניות המתאר **הארציות** בישראל).

§ 293 מהלך האישור של כל אחת מהתוכניות הללו דומה ומקביל למצב בישראל: תחילה יש להכין את התוכנית ולהגישה למוסד תכנון מוסמך. אחר כך, אם התוכנית מקובלת על מוסד התכנון, מוסד התכנון מאשר את התוכנית **להפקדה** כדי לאפשר שמיעת התנגדויות לתוכנית בפני מוסד התכנון המוסמך. לאחר שמיעת ההתנגדויות ובהתאם לתוצאותיהן יכול מוסד התכנון להחליט על **אישור** התוכנית. ההליכים הללו כולם חייבים להיות מפורסמים.

§ 294 נציג את הדברים בצורה גרפית:

הגשת תוכנית למוסד תכנון

אישור התוכנית **להפקדה** על ידי מוסד תכנון

שמיעת התנגדויות לתוכנית על ידי מוסד תכנון

אישור התוכנית על ידי מוסד תכנון

§ 295 נפרט את הטעון פירוט באשר לסוגי התוכניות: תוכנית אזורית, תוכנית מתארית, תוכנית מפורטת.

תוכנית אזורית (תמ"א)

296 § תוכנית תכנון **אזורית** היא תוכנית החולשת על כל **אזור**[40] יו״ש (בדומה, במידה מסוימת, לתוכנית מתאר **ארצית** בישראל). המוסד התכנוני המוסמך לאשרה הוא מועצת התכנון העליונה (מת״ע) (סעיף 18-15 לחוק התכנון הירדני).

297 § הגורם המכין את התוכניות האזוריות הוא לשכת התכנון המרכזית, לאחר הכנת סקר מתאים ומתוך היוועצות בוועדות המקומיות (סעיף 14, 15 לחוק התכנון הירדני).

298 § מוסד התכנון הדן בהתנגדויות לתוכנית מתאר אזורית, לפי חוק התכנון הירדני, היה הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, והיא העבירה את תגובתה למת״ע (סעיף 17 לחוק התכנון הירדני). כיום מוסד התכנון השומע את ההתנגדויות הוא מועצת התכנון העליונה, בעקבות העברת סמכויות הוועדות המחוזיות למועצת התכנון העליונה.

299 § יודגש: *מעשית*, אישורה של תוכנית אזורית אינו תנאי לקידום תוכניות במדרגים הנמוכים יותר, ואין כיום באזור תכנון אזורי מקיף המכסה את כל שטח האזור (דוגמת תמ״א 35 במדינת ישראל).[41] כך פסק בית המשפט העליון בבג״ץ 7590/15 **במקום נ׳ ועדת המשנה**, פורסם **בנבו** (2015).

תוכנית מתארית

300 § תוכנית מתארית היא תוכנית הקובעת את התכנון לגבי שטח מסוים (סעיף 19 לחוק התכנון הירדני).

301 § המוסד התכנוני המוסמך כיום[42] לאשר להפקדה ולאשר באופן סופי תוכנית מתארית בנוגע להתיישבות הישראלית באיו״ש הוא ככלל ועדת המשנה להתיישבות, בהמלצת הוועדה המקומית. מוסד התכנון שמוסמך לדון בהתנגדויות לתוכנית מתארית הוא ועדת המשנה להתנגדויות, לאחר שהוועדה המקומית קיימה דיון בעניין ההתנגדויות וגיבשה המלצות בעניין.

302 § הגורם המכין את תוכניות המתאר יכול להיות לשכת התכנון המרכזית או – לפי החוק הירדני – הוועדה המקומית (סעיף 7(1)(ג), סעיף 9(2)(א) לחוק התכנון הירדני).

303 § הגישה המקובלת לפרשנות חוק התכנון הירדני היא שתכנון מתארי אינו תנאי מקדמי לקידום התכנון המפורטת. כתוצאה, במרבית היישובים הישראליים באיו״ש לא הוכנו תוכניות מתאריות, ולכל היותר התוכניות המפורטות שהוכנו ליישובים נשאו אופי משולב של תכנון מתארי ותכנון מפורט.

תוכנית מפורטת

304 § תוכנית מפורטת היא תוכנית המפרטת את הטעון פירוט מבחינה תכנונית. תוכנית מפורטת יכולה להכין הוועדה המקומית (סעיף 23(א) לחוק התכנון הירדני).

305 § המוסד התכנוני המוסמך לאשר תוכנית מפורטת בהתיישבות הישראלית הוא ככלל ועדת המשנה להתיישבות, לאחר שמיעת התנגדויות על ידי ועדת המשנה להתנגדויות.

---

[40] תוכניות המתאר האזוריות הקיימות כיום באיו״ש חולשות למעשה על כל אזור יו״ש. נעיר כי בחוק התכנון הירדני ״אזור״ מוגדר בסעיף 2(8) כ״שטח אשר לו גבולות גאוגרפיים או טופוגרפיים טבעיים או שטח שחלה עליו תוכנית בינוי כלכלית משותפת המתייחסת לבעיות דומות בענייני שטח אכלוס, יישוב, תיעוש, השקיה, כוח חשמלי או עניינים אחרים דומים; כמו כן הוא כולל את האזורים הכפריים בעלי תוכנית אחידה לבינוי הכפר״.

[41] להרחבה בעניין תוכניות המתאר האזוריות (תמ״א) באיו״ש, ראו ב- 419 § - 437 § להלן.

[42] לפי חוק התכנון הירדני, המוסד התכנוני שהוסמך **להפקיד** להתנגדויות תוכנית מתארית היה הוועדה המחוזית, בהמלצת הוועדה המקומית (סעיף 20 לחוק התכנון הירדני). המוסד התכנוני **שדן** בהתנגדויות היה הוועדה המקומית, והיא שהעבירה המלצותיה לוועדה המחוזית. אף הוועדה המחוזית העבירה המלצותיה למת״ע (סעיף 21 לחוק התכנון הירדני). המוסד התכנוני שהוסמך **לאשר** תוכנית מתארית היה מועצת התכנון העליונה (סעיף 21(4) לחוק התכנון הירדני).

§ 306 שמקום שיש תוכנית מפורטת במרחב תכנון מקומי של ועדה מקומית מסוימת, **מוסמכת הוועדה המקומית להוציא מכוחה היתרי בנייה.** לרוב, כאמור, התוכנית המפורטת משולבת כבר בתוכנית המתארית. במקרה זה מוסמכת הוועדה המקומית להוציא היתר בנייה מכוח תוכנית משולבת שכזו.

§ 307 על כן, **כדי להסדיר יישוב או שכונה ישראליים באיו״ש מן הבחינה התכנונית נדרש כי ליישוב או לשכונה תהיה תוכנית מפורטת שאושרה כדין על ידי ועדת המשנה להתיישבות, ומכוחה של תוכנית זו הוציאה הוועדה המקומית היתרי בנייה.**

הצורך באישור דרג מדיני לתוכניות באיו"ש: החלטות ממשלה 360 ו-150

§ 308 הצגנו את מדרג התוכניות ואת גופי התכנון המוסמכים לאשרם באיו״ש. נוסף על המדרג שעליו עמדנו נדרש באיו״ש אישורו של הדרג המדיני לצורך קידום תוכנית ואישורה.

§ 309 ביום 22.11.92 התקבלה **החלטת ממשלה מס׳ 360**, שבמסגרתה הוחלט להפסיק את ״פעולות הבניה בישובים הישראלים באזור יהודה שומרון וחבל עזה, שנעשו מכוח החלטות הממשלה הקודמות״. בעקבות החלטת ממשלה זו הוחק הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (הפסקת הליכי תכנון) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס׳ 1385), התשנ״ג–1993 (להלן – ״**צו ההקפאה**״). צו ההקפאה קבע כי מוסד תכנון לא ידון ב״תוכנית״ אשר טרם קיבלה תוקף כדין, ולא ייתן רישיון על פי תוכנית שכזו.

§ 310 ביום 2.8.96 התקבלה **החלטת ממשלה מס׳ 150**, שהחליפה את החלטה מס׳ 360 הנ״ל. לפי החלטה 150, במקום הקפאת הבנייה שנקבעה לפי החלטה 360, נקבע כי רשות תכנון ״לא תדון בתוכנית מתאר אלא לאחר קבלת אישור שר הביטחון, ולא תיתן תוקף לתוכנית כזו אלא באישורו״. עוד נקבע בהחלטה 150 כי עוד קודם לדיון במוסד התכנון נדרש אישורו של שר הביטחון ל״כל הרשאה חדשה לתכנון והקצאת קרקע לבניה״. בעקבות החלטת ממשלה 150 הוחק הצו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (יהודה והשומרון) (מס׳ 1445), התשנ״ו–1996. הצו קבע כי רשות תכנון לא תדון ב״תוכנית״ אשר טרם קיבלה תוקף כדין, אלא לאחר קבלת אישור ראש המנהל האזרחי.

§ 311 לפיכך, **כדי להסדיר יישוב או שכונה ישראליים באיו״ש מן הבחינה התכנונית נדרש שהתוכנית להסדרת היישוב או השכונה תקבל את אישור הדרג המדיני (אישור שר הביטחון).**

§ 312 יובהר כי אישור הדרג המדיני נדרש למעשה כבר בשלבי התכנון המוקדמים ועד לפרסום התוכנית. כמו כן בהתיישבות העירונית נדרש אישור שר ביטחון גם בשלב ההקצאה של הקרקע להתיישבות הישראלית (בין שבהקצאה במכרז ובין שבהקצאה בפטור ממכרז). קרי, הדרישה לאישור שר הביטחון אינה מסתיימת בהליך התכנון אלא בהליך ההקצאה של הקרקע בהתאם לתוכנית. על הדרישה לאישור הדרג המדיני, ראו עוד דיוננו להלן בפרק החמישי.

פרק 3.3 סיכום ביניים: התוכניות באיו"ש

§ 313 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו״ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו״ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם ל**היתר בנייה** שהוצא מכוחה של **תוכנית** תקפה אשר אושרה על ידי **מוסד תכנון מוסמך** (במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2).

(ב) באשר ל**תוכניות באיו״ש**: באיו״ש, בדומה לישראל, יש מדרג של תוכניות, והן תוכנית אזורית, תוכנית מתארית ותוכנית מפורטת. תוכנית אזורית היא תוכנית העוסקת בכל אזור יהודה ושומרון (תמ״א). תוכנית מתארית עוסקת בתכנון אב של שטח מסוים באיו״ש. תוכנית מפורטת מפרטת את הטעון פירוט מבחינה תכנונית.

(ג) הוועדה המקומית מוסמכת להוציא היתר בנייה אך ורק מכוחה של תוכנית מפורטת. במקום שהוכנה תוכנית שהיא תוכנית משולבת – תוכנית מתארית ומפורטת גם יחד – מוסמכת הוועדה להוציא היתר בנייה מכוח תוכנית משולבת שכזו.

(ד) מסלול האישור של כל תוכנית באיו״ש (בדומה לישראל) כולל הליך שלפיו תחילה **מופקדת** התוכנית להתנגדויות, ורק לאחר **שמיעת ההתנגדויות** וקיום דיון בהן יהיה אפשר **לאשר** את התוכנית.

(ה) מאפיין ייחודי לתוכניות באיו״ש הוא הצורך באישור הדרג המדיני. אי אפשר לקדם באיו״ש תוכנית בלי שקדם לכך אישור הדרג המדיני (החלטת ממשלה מס׳ 150).

(ו) לפיכך, **כדי להסדיר יישוב או שכונה באיו״ש מן הבחינה התכנונית נדרש שליישוב או לשכונה תהיה תוכנית מפורטת שאושרה כדין על ידי ועדת המשנה להתיישבות, והתוכנית קיבלה את אישור הדרג המדיני. מכוחה של תוכנית כזו מוסמכת הוועדה המקומית להוציא היתרי בנייה.**

פרק 3.4: היתר בנייה באיו"ש

§ 314 ראינו שכדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם ל**היתר בנייה** שהוצא מכוחה של **תוכנית** תקפה אשר אושרה על ידי **מוסד תכנון מוסמך**. במוסדות התכנון באיו״ש עסקנו בפרק 3.2. בתוכניות באיו״ש עסקנו בפרק 3.3. כעת נדון ב**היתרי הבנייה** באיו״ש.

§ 315 ככלל, במקום שיש בנוגע ליישוב או לשכונה ישראליים באיו״ש תוכנית מפורטת שאושרה כדין לאחר מועד כניסת צה״ל לאיו״ש, הוועדה המקומית מוסמכת להוציא מכוח התוכנית היתר בנייה התואם אותה

(סעיף 35 לחוק התכנון הירדני; סעיף 4(ב)(3) למינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס"ח–2008).[43]

§ 316 כללם של דברים, **כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם להיתר בנייה שהציאה הוועדה המקומית מכוח תוכנית תקפה.**

פרק 3.4 סיכום ביניים: היתר בנייה באיו"ש

§ 317 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו"ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו"ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם ל**היתר בנייה** שהוצא מכוחה של **תוכנית** תקפה אשר אושרה על ידי **מוסד תכנון מוסמך**. במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2. בתוכניות באיו"ש עסקנו בפרק 3.3.

(ב) לעניין **היתרי בנייה באיו"ש: כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה התכנונית, נדרש ככלל כי הבנייה תתאם להיתר בנייה שהוציאה הוועדה המקומית מכוח תוכנית תקפה.**

פרק 3.5: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית

הייחוד התכנוני בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית

§ 318 עמדנו על דיני התכנון החלים באיו"ש מתוך התמקדות בשלושת העיקרים החשובים לענייננו: מוסד תכנון; תוכנית; היתר. לצידם של דיני תכנון "אזרחיים" אלו יש באיו"ש דיני תכנון ייחודיים במקום שהשטח המתוכנן הוא שטח התפוס בתפיסה צבאית.[44]

§ 319 העמדה המשפטית המקובלת היא שבמקום ששטח נתפס ב"תפיסה צבאית" לא חלים על השטח דיני התכנון והבנייה; דיני התכנון והבנייה מתאימים לדרך הדברים הרגילה, ה"אזרחית", ולא לשטח שנתפס בתפיסה צבאית. על כן אין דיני התכנון והבנייה באיו"ש חלים "על רשות מרשויות צה"ל או על רשות הפועלת תחת פיקוד כוחות צה"ל באזור, הבונים בשטח תפוס לצרכי מילוי תפקידם". ראו סעיף 8 לצו 997, שנדון בו להלן. כן ראו סעיף 3(ב) לצו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות (יהודה והשומרון), התשס"ח–2008. הסעיף קובע כי מרחב תכנון של רשות מקומית **לא** יכלול "בנין, מחנה, דרך או שטח המוחזק או נועד להיות מוחזק בידי מפקד כוחות צה"ל באזור או רשות הפועלת מטעם מפקד כוחות צה"ל באזור".

צו 997

[43] אם עניינה של התוכנית הוא בדרכים אזוריות, כרייה וחציבה או איכות הסביבה, הסמכות לתת היתרים על פיה נתונה לוועדות המשנה של מת"ע, העוסקות בנושאים אלו. ראו סעיף 7, 9, 11 למינוי ואצילת סמכויות של מועצת התכנון העליונה (יהודה והשומרון), התשס"ט–2009.
[44] לדיון בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית, ראו בפרק 2.8 לעיל.

320 § עם זאת במקום שהשטח, התפוס בתפיסה צבאית, משמש את ההתיישבות הישראלית באיו"ש, חלים במקום דיני תכנון ייחודיים המקבילים לדיני התכנון החלים בהקשר ה"אזרחי", כדי להבטיח "סדר תכנוני" בשטחים אלו, ובה בעת לפעול בהתאם לעמדה המשפטית המקובלת, הקובעת כי דיני התכנון ה"אזרחיים" אינם חלים בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית.

321 § בהתאם לתפיסה זו התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב–1982 (להלן – צו 997). צו 997 מגדיר "שטח תפוס" כ"שטח שנתפס על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לצרכים צבאיים" (סעיף 1 לצו).

322 § צו 997 אוסר על פעולות בינוי למיניהן במקרקעין אלא אם כן "הממונה" נתן היתר לכך (סעיף 2 לצו). ה"ממונה" הוא מי שהמפקד הצבאי מינה לצורך הצו (סעיף 1 לצו). המפקד הצבאי מינה את מנהל לשכת התכנון לשמש "ממונה" לצורך הצו.

323 § כלומר, **כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה התכנונית במקום שהיישוב או השכונה הוקמו על שטח התפוס בתפיסה צבאית, נדרש כי הבנייה תתאם היתר שנתן ה"ממונה" לפי צו 997.**

תקנות בדבר מתן היתרים ו"מערכת הנחיות"

324 § מכוחו של צו 997 הנ"ל הותקנו תקנות בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון), התשמ"ה–1985 (להלן – תקנות מתן היתרים). תקנה 1 לתקנות טבעה את המונח "מערכת הנחיות" כ"מערכת כללים להוצאת היתרים בשטח תפוס, הכוללת תשריט והוראות בדבר תחימת שטחים ותנאי שימוש בקרקע ובבניינים בתוך כל שטח כאמור". כלומר, בשטח התפוס בתפיסה צבאית "מערכת הנחיות" היא המושג המקביל ל"תוכנית" בשטח "אזרחי".

325 § צו 997 והתקנות בדבר מתן היתרים קובעים כי ה"ממונה" יוציא היתר בנייה בשטח תפוס רק במקום שההיתר תואם את "מערכת ההנחיות" (המקבילה ל"תוכנית") התקפה בשטח (סעיף 6א לצו 997; תקנה 5 לתקנות מתן היתרים).

326 § עוד קובעות התקנות כי הגורם המוסמך לאשר "מערכת הנחיות" (המקבילה ל"תוכנית") הוא ה"ממונה", כלומר ראש לשכת התכנון (תקנה 5 לתקנות מתן היתרים). בפועל, ה"ממונה" אינו מפעיל כיום את סמכותו לאשר "מערכת הנחיות" לבדו. הליך אישור "מערכות ההנחיות" בנוי בצורה המשקפת באופן מדויק את הליך הקידום של תוכנית רגילה. קרי, בדיוק כמו תוכניות, "מערכות ההנחיות" מגיעות לדיון בוועדת המשנה להתיישבות של מת"ע; הן מפורסמות להתנגדויות אחרי החלטת הוועדה בדבר "הפקדת" מערכת ההנחיות; ועדת המשנה להתנגדויות שומעת את התנגדויות הציבור למערכת ההנחיות, ובמקרה של דחיית ההתנגדויות שבה "מערכת ההנחיה" לוועדת המשנה להתיישבות לשם דיון למתן תוקף. הממונה מאשר את מערכות ההנחיות שזוכות לאישור כאמור בוועדות הנוגעות בדבר. בהמשך ניתנת גם סמכות לתת היתרי בנייה לוועדה המיוחדת (המקומית) של הרשות המקומית שבתחומה קרקעות שנתפסו לצרכים צבאיים לצורך הקמת ההתיישבות, מכוח "מערכות ההנחיות" המאושרות.

327 § הדרישה שלפיה תנאי לקידומה של תוכנית הוא אישור הדרג המדיני קיימת גם בנוגע ל"מערכת הנחיות": הצו בדבר אישור הליכי תכנון ובניה (יהודה והשומרון) (מס' 1445), התשנ"ו–1996, שהותקן בעקבות החלטת ממשלה 360, קובע כי הממונה לא ידון ב"מערכת הנחיות" אלא לאחר קבלת אישור ראש המנהל האזרחי (סעיף 2 לצו).

328 § סיכומו של דבר, **במקום שיישוב או שכונה באיו"ש הוקמו על שטח התפוס בתפיסה צבאית, כדי שהם יוסדרו כדין מן הבחינה התכנונית נדרש כי הבנייה תתאם "מערכת הנחיות" (המקבילה ל"תוכנית")**

שאישרו יו״ר מת״ע והדרג המדיני. עוד נדרש לצורך ההסדרה התכנונית כי מכוחה של ״מערכת ההנחיות״ האמורה יוצא היתר על ידי יו״ר מת״ע (ה״ממונה״ לפי צו 997).

§ 329 למען שלמות התמונה נעיר כי קודם להתקנתו של צו 997 ולהתקנתן של תקנות מתן היתרים נוצרה לעתים פרקטיקה שלפיה גם בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית החילו – בנוגע להתיישבות הישראלית באיו״ש – את דיני התכנון והבנייה ה״אזרחיים״, כלומר תכננו ״תוכנית״ (ולא ״מערכת הנחיות״), ומכוחה של ״תוכנית״ זו הוציאו היתרים. זאת חרף התפיסה – שנראה שלא תמיד היו מודעים לה – שלפיה בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית אין חלים דיני התכנון והבנייה ה״אזרחיים״.[45]

פרק 3.5 סיכום ביניים: היבטים תכנוניים בשטחים תפוסים בתפיסה צבאית

§ 330 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים התכנוניים באיו״ש:

(א) בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו״ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם ל**היתר בנייה** שהוצא מכוחה של **תוכנית** תקפה אשר אושרה על ידי **מוסד תכנון מוסמך**. במוסדות התכנון עסקנו בפרק 3.2. בתוכניות באיו״ש עסקנו בפרק 3.3. בהיתר הבנייה עסקנו בפרק 3.4.

(ב) דיני התכנון ה״אזרחיים״ הנ״ל אינם חלים בשטחים התפוסים בתפיסה צבאית.

(ג) מכוח צו שהתקין המפקד הצבאי (צו 997), חלים על ההתיישבות הישראלית באיו״ש דיני תכנון ובנייה המקבילים לדינים ה״אזרחיים״. המוסד המקביל ל״תוכנית״ בשטח תפוס מכונה ״מערכת הנחיות״, והגורם המוסמך לאשרו הוא יו״ר מת״ע. ״היתר״ בנייה בשטח תפוס מכונה אף הוא ״היתר״, והגורם המוסמך להוציאו הוא יו״ר מת״ע.

(ד) כדי לקדם ״מערכת הנחיות״ ולאשרה בעבור ההתיישבות הישראלית בשטח התפוס בתפיסה צבאית נדרש אישור הדרג המדיני.

(ה) במקום שיישוב או שכונה באיו״ש הוקמו על שטח התפוס בתפיסה צבאית, כדי שהם יוסדרו כדין מן הבחינה התכנונית נדרש כי הבנייה תתאם ״מערכת הנחיות״ (המקבילה ל״תוכנית״), שאישרו יו״ר מת״ע והדרג המדיני. עוד נדרש לצורך ההסדרה התכנונית כי מכוחה של ״מערכת ההנחיות״ האמורה יוצא היתר בנייה.

פרק 3.6: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים התכנוניים באיו"ש

§ 331 ראינו כי דיני התכנון באיו״ש דומים, בעיקרם של דברים, לדיני התכנון בישראל, במובן זה שכדי שבנייה באיו״ש תהיה חוקית נדרש שהבנייה תתאם ל**היתר בנייה** שהוצא על פי **תוכנית** שאישר **מוסד תכנון** מוסמך.

[45] ראו תקנה 16 לתקנות מתן היתרים, הקובעת כי ״הממונה רשאי לתת היתרים בשטח תפוס גם על פי בקשה להיתר שהוגשה למוסד תכנון [...] והועברה אליו, וכן רשאי הוא לקבוע [...] שתכנית שהוכנה לשטח תפוס לצורך מתן היתרים לפיה, או היתרים שניתנו על ידי מוסד תכנון כאמור עד תחילתן של תקנות אלה, יהיו תקפים ויראו אותם כאילו היו מערכת הנחיות או היתר שנקבעו או שאושרו על ידו״.

§ 332 עוד ראינו כי דיני התכנון באיו״ש מתייחדים ושונים מהדין בישראל בכך שבנוגע לכל תוכנית באיו״ש נדרש **אישורו של הדרג המדיני**. כמו כן באיו״ש יש דיני תכנון ייחודיים הנוגעים לשטחים התפוסים בתפיסה צבאית.

§ 333 כעת נעמוד על היבט ייחודי נוסף לדיני התכנון באיו״ש, והוא הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים התכנוניים. ברגיל, בישראל ובעולם כולו אין קשר הכרחי בין הבעלות במקרקעין לבין שיקולים תכנוניים. קניין לחוד ושיקולים תכנוניים לחוד, באשר תכנון הוא מעשה שלטוני הקובע את השימוש האפשרי בשטח נתון, בעוד הקניין הוא הקובע את זהות הגורם שבידיו הרשות לממש את התכנון בפועל. לעומת זאת באיו״ש, בכל הנוגע להתיישבות הישראלית, התפתח במהלך השנים קשר הדוק בין שני היבטים אלו: אפשר לקדם תוכנית בעבור ההתיישבות הישראלית באיו״ש רק אם התוכנית משתרעת על אדמות שאפשר להקים עליהם יישוב ישראלי מבחינה **קניינית**.

§ 334 כפי שראינו בפרק השני, מן הבחינה הקניינית אפשר להשתמש בקרקעות באיו״ש בעבור ההתיישבות הישראלית רק אם הקרקעות הן **בבעלות** המדינה, **מוחזקות** כדין על ידי המדינה או בבעלותו של **אזרח ישראלי** (״אדמות מוחזקות כדין״). על כן, כדי שיהיה אפשר להסדיר מן הבחינה התכנונית יישוב או שכונה באיו״ש בעבור ההתיישבות הישראלית נדרש כי התוכנית של היישוב תשתרע אך ורק על ״אדמות מוחזקות כדין״.

§ 335 זאת ועוד, מכיוון שמבחינה **תכנונית** רשויות התכנון אינן נוהגות לאשר הקמה של יישוב או שכונה בלי שליישוב או לשכונה יש דרך גישה, הקשר שהתפתח במהלך השנים בין הדין התכנוני לדין הקנייני באיו״ש מוביל למסקנה הנוספת הזאת: כיום אפשר לקדם תוכנית בעבור ההתיישבות הישראלית באיו״ש רק אם ליישוב או לשכונה יש דרך גישה הנמצאת על אדמות שאפשר לסלול בהן דרך גישה מן הבחינה **הקניינית**. בהקשר זה קבע היועץ המשפטי לממשלה כי לצורך סלילת דרך ליישוב או לשכונה ישראליים באיו״ש אפשר, במקרים מתאימים, להפקיע קרקע בהתאם לחוק ההפקעה הירדני (ראו 120 § לעיל).

פרק 3.7: סיכום הפרק השלישי – היבטים תכנוניים באיו"ש

§ 336 בהתאם לדיני התכנון והבנייה החלים באיו״ש, כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו בנויים כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהבנייה תתאם ל**היתר בנייה** שהוצא מכוחה של **תוכנית** תקפה אשר אישר **מוסד תכנון מוסמך**.

§ 337 מבחינה מעשית, משמעות הדברים היא שנדרש כי ליישוב או לשכונה תהיה תוכנית מפורטת אשר אושרה כדין על ידי ועדת המשנה להתיישבות וקיבלה את אישור הדרג המדיני. מכוחה של תוכנית כזו מוסמכת הוועדה המקומית להוציא היתרי בנייה.

§ 338 עוד התפתחה מדיניות שלפיה התוכנית תשתרע אך ורק על ״אדמות מוחזקות כדין״, כלומר על אדמות שאפשר להקים עליהם יישוב ישראלי מן הבחינה **הקניינית**.

פרק רביעי: היבטים מוניציפליים באיו"ש

פרק 4.1: הזכות לקבל שירותים מוניציפליים והחובה להעניק את השירותים

§ 339 כל אדם זכאי לקבל שירותים מוניציפליים מהרשות המוניציפלית שהוא משתייך אליה. חיים תקינים וסדירים מחייבים כי אדם ייהנה משירותי ניקיון, חינוך, תברואה וכל כיוצא בזה. בהתאם לכך, כדי שיישוב יהיה מוסדר כדין נדרש שתושבי היישוב ישתייכו לרשות מוניציפלית, והיא תחויב להעניק את השירותים האמורים לתושבים. והשוו רע"פ 7861/03 **מ"י נ' המועצה האזורית גליל תחתון**, פורסם **בנבו** (2006); בג"ץ 416/77 **ועד רמת רזיאל נ' בית-ספר ממלכתי אזורי "הרי יהודה"**, פ"ד לא(3) 794 (1977).

§ 340 היישובים הישראליים באיו"ש משתייכים לשני סוגים של רשויות מוניציפליות: מועצות **אזוריות** ומועצות **מקומיות**.[46] על כן, כדי להסדיר יישוב או שכונה ישראליים באיו"ש מן הבחינה המוניציפלית נדרש כי הם ישויכו למועצה **אזורית** או למועצה **מקומית**. נפרט.

פרק 4.2: מועצות אזוריות

צו 783

§ 341 בשנת 1979 התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט—1979 (להלן – צו 783 או צו המועצות האזוריות). בצו המועצות האזוריות מפורטות ומוכרות שש מועצות אזוריות: המועצה האזורית ערבות הירדן (מכונה גם המועצה האזורית **בקעת הירדן**); המועצה האזורית **גוש עציון**; המועצה האזורית **הר חברון**; המועצה האזורית **מגילות ים המלח**; המועצה האזורית **מטה בנימין**; המועצה האזורית **שומרון**.

§ 342 כל אחת משש המועצות האזוריות הללו כוללת יישובים מספר, ואף הם מפורטים בצו המועצות האזוריות. לדוגמה: למועצה האזורית מגילות ים המלח משויכים **חמישה** יישובים המפורטים בצו המועצות האזוריות: אלמוג, בית הערבה, ורד יריחו, מצפה שלם וקליה.

§ 343 באופן דומה: במועצה האזורית בקעת הירדן מנויים בצו **20** יישובים, במועצה האזורית גוש עציון מנויים בצו **14** יישובים, במועצה האזורית הר חברון מנויים בצו **15** יישובים, במועצה האזורית מטה בנימין מנויים בצו **26** יישובים ובמועצה האזורית שומרון מנויים בצו **28** יישובים. כלומר, בסך הכול יש באיו"ש שש מועצות אזוריות ובהן 108 יישובים.

תחום שיפוט של מועצה אזורית

§ 344 לכל אחת מהמועצות האזוריות הללו יש שטח שעליו היא חולשת. שטח זה מכונה "תחום שיפוט". "תחום השיפוט" של המועצה האזורית מוגדר בצו 783 בשתי דרכים:

האחת היא צירוף השטח של כל היישובים המנויים בצו כיישובים שנכללים בתחום המועצה האזורית. לדוגמה: בתחום המועצה האזורית מגילות מנויים, כנזכר, שישה יישובים: אלמוג, בית הערבה, ורד יריחו, מצפה שלם, קליה. בהתאם, "תחום השיפוט" של המועצה האזורית מגילות משתרע על שטחם של ששת היישובים הללו. "שטח יישוב" (המכונה גם "תחום יישוב") נקבע במפה שחתם עליה המפקד הצבאי.

[46] היישוב היהודי בחברון מקבל שירותים מוניציפליים מרשות מוניציפלית ייחודית בשל מאפייניו המיוחדים: צו בדבר מנהלת שירותים אזרחיים (יהודה והשומרון) (מס' 1789), התשע"ז—2017.

הדרך השנייה להגדרת תחום השיפוט של המועצה היא שטח המועצה האזורית כפי שנקבע במפה שחתם עליה המפקד הצבאי. בשטח שנכלל במפה אין כוללים שטחים צבאיים סגורים וכן קרקע בבעלות פרטית, אך נכללים בו שטחים תפוסים בתפיסה צבאית.[47]

תקנון המועצות האזוריות

345 § לפי הקבוע בצו 783, בשטח השיפוט של המועצה האזורית חל "תקנון המועצות האזוריות" (יהודה והשומרון), התשל"ט–1979. תקנון המועצות האזוריות הוא מסמך רב היקף שהתקין המפקד הצבאי, ובו מפורטות הסמכויות הנתונות למועצה האזורית בתחומה, ובכלל זה סמכויות בתחום החינוך, רישוי העסקים, תאגידי מים וביוב, חוקי עזר, גבייה, בחירות למועצה וניהול המועצה ועוד. למעשה, "תקנון המועצות האזוריות" הוא המסמך הקובע את כל ההיבטים הצריכים לעניין בסוגיות המוניציפליות בתחום השיפוט של המועצה האזורית. מסמך זה מסדיר את ההתנהלות המוניציפלית התקינה בתחום המועצה האזורית.

346 § לפיכך, **כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחד מ-108 היישובים הנ"ל, המנויים בצו 783, ויחול עליהם "תקנון המועצות האזוריות"** (לחלופין נדרש שהיישוב או השכונה ישתייכו לאחת המועצות המקומיות שאליהן נידרש להלן).

347 § היישוב או השכונה יכולים להיות מוסדרים כדין גם אם **לא** ישתייכו לאחד מ-108 היישובים הנ"ל רק אם תתקבל החלטה כדין על **הוספת** יישוב לרשימת יישובים אלו. לעניין הוספת יישובים לרשימה ראו הדיון בפרק החמישי להלן בדבר הצורך באישור הדרג המדיני כתנאי להקמתו של יישוב.

---

47 לפירוט ולהגדרה של "שטחים תפוסים בתפיסה צבאית" ושל "שטחים צבאיים סגורים", ראו פרק 2.8 לעיל.

§ 348 נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות **האזוריות** או לאחת המועצות **המקומיות** המוכרות באיו"ש.

(ב) אשר למועצות **האזוריות**: צו 783, שהתקין המפקד הצבאי, מכיר בשש מועצות אזוריות הכוללות 108 יישובים.

(ג) לכל מועצה אזורית "תחום שיפוט" הכולל את תחומי היישובים שבתחומה. "תחום השיפוט" של המועצה ו"תחום היישוב" של היישובים נקבעים במפות שנחתמות על ידי המפקד הצבאי.

(ד) ב"תחום השיפוט" של המועצה חל על התושבים "תקנון המועצות האזוריות". תקנון המועצות האזוריות כולל הסדרה מלאה של כלל ההיבטים הצריכים לעניין בתחום המוניציפלי.

(ה) ההחלה של "תקנון המועצות האזוריות" ב"תחום השיפוט" של המועצה האזורית מבטיחה את ההסדרה המוניציפלית המלאה של היישוב או השכונה.

פרק 4.3: מועצות מקומיות

צו 892

§ 349 בשנת 1981 התקין המפקד הצבאי את הצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), התשמ"א–1981 (להלן – צו 892 או צו המועצות המקומיות). צו 892 דומה לצו 783, אלא שהוא עוסק במועצות **מקומיות**, ואילו שצו 783 עוסק במועצות **אזוריות**.

§ 350 צו 892 מונה ומפרט **17** מועצות מקומיות באיו"ש: מעלה אדומים, ביתר עילית, מודיעין עילית, בית אל, אפרתה (=אפרת), הר אדר, גבעת זאב, אורנית, עמנואל, אלקנה, בית אריה, מעלה אפרים, קריית ארבע, אריאל, קדומים, קרני שומרון, אלפי מנשה.

§ 351 יצוין כי תחיקת הביטחון באיו"ש אינה מכוננת מעמד סטטוטורי מיוחד של "עירייה", בשונה מהמצב הנוהג על פי פקודת העיריות בישראל. הרשויות המקומיות הקרויות "עיריות" באיו"ש (אריאל, מודיעין עילית, ביתר עילית ומעלה אדומים), הן למעשה מועצות מקומיות הפועלות על פי צו 892 שהוכרזו "עיריות" על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור לפי פרק יז לתקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון), התשמ"א–1981.[48]

[48] סעיף 140ג לתקנון המועצות המקומיות קובע כי "מפקד כוחות צה"ל באזור, רשאי, על פי המלצת הממונה, להכריז בצו, שמועצה מקומית פלונית תקרא 'עיריה'". סעיף 140ד(א) לתקנון מוסיף וקובע כי במקרה שמועצה מקומית הוכרזה כעירייה, "יחולו על אותה מועצה מקומית הוראות התקנון והתחיקה שהוצאה על-פיו".

תחום שיפוט של מועצה מקומית

§ 352 צו 892 קובע כי שטחה של מועצה מקומית – המכונה "תחום השיפוט" של המועצה – ישתרע על השטח המתוחם במפה שנחתמה על ידי המפקד הצבאי.

תקנון המועצות המקומיות

§ 353 לפי הקבוע בצו 892, בשטח השיפוט של המועצה המקומית חל "תקנון המועצות המקומיות" (יהודה והשומרון), התשמ"א–1981. תקנון המועצות המקומיות הוא מסמך רב היקף שהתקין המפקד הצבאי, והוא דומה מאוד ל"תקנון המועצות האזוריות". בתקנון המועצות המקומיות מפורטות הסמכויות הנתונות למועצה המקומית בתחומה, ובכלל זה סמכויות בתחום החינוך, רישוי העסקים, תאגידי מים וביוב, חוקי עזר, גבייה, בחירות למועצה וניהול המועצה ועוד. "תקנון המועצות המקומיות" הוא המסמך הקובע את כל ההיבטים הצריכים לעניין בסוגיות המוניציפליות בתחום השיפוט של המועצה המקומית. מסמך זה מסדיר את ההתנהלות המוניציפלית התקינה בתחום המועצה המקומית.

§ 354 לפיכך, **כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחד מ-17 המועצות המקומיות הנ"ל, המנויות בצו 892, ויחול עליהם "תקנון המועצות המקומיות".** לחלופין נדרש שהיישוב או השכונה ישתייכו לאחד מ-108 היישובים השייכים לאחת משש המועצות האזוריות שהזכרנו לעיל.

§ 355 היישוב או השכונה יכולים להיות מוסדרים כדין גם אם **לא** ישתייכו לאחת מ-17 המועצות המקומיות או לאחד מ-108 היישובים השייכים למועצות האזוריות רק אם תתקבל החלטה כדין על **הוספת** יישוב לרשימת יישובים אלו. לעניין הוספת יישובים לרשימה ראו הדיון בפרק החמישי להלן בדבר הצורך באישור הדרג המדיני כתנאי להקמתו של יישוב.

הרחבת סמכותה של מועצה מקומית: צו 1453

§ 356 למועצה מקומית נתונה סמכות לא רק בתחומה אלא גם בנוגע ל"בני אדם שבשטח המצוי **בסמוך** לתיחומה". זאת ובלבד שהמפקד הצבאי החליט על כך ופרסם הודעה מתאימה בעניין: סעיף 2א לצו המועצות המקומיות, כפי שתוקן בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (תיקון מס' 4) (יהודה והשומרון) (צו מס' 1453), התשנ"ז–1997.

§ 357 המשמעות של הדברים היא זו: תושבים ישראלים המתגוררים מחוץ לשטחה של מועצה מקומית אך **בסמוך** לו יקבלו שירותים מוניציפליים מהמועצה המקומית וכן יחול עליהם תקנון המועצות המקומיות, ויראו אותם "כתושבי המועצה המקומית לכל דבר ועניין" (סעיף 2א(ב) לצו המועצות המקומיות). הכול בכפוף להודעה מתאימה שיוציא המפקד הצבאי.

פרק 4.3 סיכום ביניים: מועצות מקומיות באיו״ש

358 § נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו״ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות **האזוריות** או לאחת המועצות **המקומיות** המוכרות באיו״ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2.

(ב) באשר למועצות **המקומיות**: צו 892, שהתקין המפקד הצבאי, מכיר ב-17 מועצות מקומיות, שהם יישובים בעלי אופי עירוני.

(ג) לכל מועצה מקומית ״תחום שיפוט״, שנקבע במפה שנחתמת על ידי המפקד הצבאי.

(ד) נוסף על כך, מכוחו של צו 1453, למועצה מקומית יכולה להיות נתונה סמכות על תושבים המתגוררים בשטח **סמוך** ל״תחום השיפוט״ של המועצה המקומית. תושבים אלו נחשבים תושבי המועצה המקומית לכל דבר ועניין אם המפקד הצבאי החליט על כך.

(ה) על כלל תושביה של המועצה המקומית חל ״תקנון המועצות המקומיות״. תקנון המועצות המקומיות כולל הסדרה מלאה של כלל ההיבטים הצריכים לעניין בתחום המוניציפלי.

(ו) ההחלה של ״תקנון המועצות המקומיות״ על כלל תושביה של המועצה המקומית מבטיחה את ההסדרה המוניציפלית המלאה של היישוב או השכונה השייכים למועצה המקומית.

פרק 4.4: תחום שיפוט ומרחב תכנון

359 § ראינו שכדי שיישוב או שכונה באיו״ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהיישוב ישתייך לאחת מהמועצות המקומיות או המועצות האזוריות באיו״ש. עוד ראינו שלכל מועצה אזורית ומועצה מקומית באיו״ש יש ״תחום שיפוט״, שהוא התחום הגאוגרפי שבו משתרעות סמכויותיה המוניציפליות. כעת נעמוד על הקשר בין ״תחום השיפוט״ של המועצה לבין ״מרחב התכנון״ של המועצה, ונבהיר שאין בהכרח חפיפה מלאה בין השניים.

360 § ״תחום השיפוט״ של המועצה הוא התחום הגאוגרפי שבו משתרעות סמכויותיה **המוניציפליות** של המועצה. ״מרחב התכנון״ של המועצה הוא התחום הגאוגרפי שבו משתרעות סמכויותיה **התכנוניות** של הוועדה המקומית (לסמכויות התכנוניות ראו בהרחבה הדיון בפרק השלישי לדו״ח זה).

361 § מעשית יש זהות בין **הגוף** המוניציפלי ל**גוף** התכנוני, אולם אין בהכרח זהות בין **התחומים הגאוגרפיים** שבהם משתרעות סמכויותיהם של גופים אלו. ראש המנהל האזרחי מינה את המועצות האזוריות ואת המועצות המקומיות באיו״ש ״לשמש כוועדת תכנון מיוחדת **במרחב התכנון** של אותה מועצה״ (סעיף 2 למינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס״ח–2008). כלומר, המועצה משמשת גם ועדה מקומית לתכנון ובנייה, אך סמכויות התכנון נתונות לה ב״מרחב התכנון״ שנקבע לה מן הבחינה **התכנונית**, ולא בהכרח ב״תחום השיפוט״ שנקבע לה מן הבחינה **המוניציפלית**.

362 § "מרחב התכנון" של המועצה מוגדר בצו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות (יהודה והשומרון), התשס"ח–2008. סעיף 2 לצו קובע כי מרחב התכנון של המועצה יהיה מורכב מהשטחים האלה ש**בתחום שיפוטה** של המועצה: (א) שטח שלגביו אושרה תוכנית מפורטת על ידי מת"ע; (ב) מקרקעין שהם רכוש ממשלתי; (ג) מקרקעין שהם בבעלותו של ישראלי.

363 § סעיף 3 לצו קובע כי "מרחב תכנון" לא יכלול שטחים המשמשים את צה"ל, שטחים התפוסים בתפיסה צבאית ושטחים שהסמכות לתת היתרי בנייה בהם נתונה למת"ע בלבד. כלומר, בעוד ב"תחום השיפוט" של מועצה נכללים גם שטחים התפוסים בתפיסה צבאית, שטחים אלו אינם נכללים ב"מרחב התכנון" של המועצה.

364 § כמו כן בולט הקשר בין ההיבטים הקניינים באיו"ש להיבטים התכנוניים ולהיבטים המוניציפליים: "מרחב התכנון" של המועצה משתרע רק על המקרקעין שהם בתחום השיפוט של המועצה, והם מקיימים את התנאי **הקנייני** להסדרתו של יישוב באיו"ש: הם "רכוש ממשלתי" או שהם בבעלותו של ישראלי או שהם בשטח שאושרה בו תוכנית מפורטת על ידי מת"ע. ההנחה היא שתוכנית כזו מאושרת רק אם התקיים בעניינה התנאי הקנייני להסדרתו של יישוב באיו"ש.

365 § ועוד: לוועדה המקומית נתונה הסמכות התכנונית לתת היתר בנייה רק מכוחה של תוכנית שאושרה על ידי מת"ע לאחר מועד כניסת צה"ל לאיו"ש (סעיף 4 למינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות), התשס"ח–2008). כלומר, סמכויותיה **התכנוניות** של הוועדה המקומית אינן משתרעות באופן מלא על מלוא "מרחב התכנון" של הוועדה. הסמכויות מלאות וכוללות את הסמכות להוציא היתר בנייה רק בנוגע למקרקעין שאושרה בהם תוכנית על ידי מת"ע.

366 § לפיכך אין לערבב בין הסדרה מוניציפלית לבין הסדרה תכנונית של יישוב או שכונה באיו"ש. **כדי להסדיר יישוב או שכונה באיו"ש נדרשות הן הסדרה מוניציפלית הן הסדרה תכנונית.**

פרק 4.4 סיכום ביניים: תחום שיפוט ומרחב תכנון באיו"ש

§ 367 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים המוניציפליים באיו״ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו״ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות **האזוריות** או לאחת המועצות **המקומיות** המוכרות באיו״ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2. במועצות המקומיות, הנושאות אופי עירוני, דנו בפרק 4.3.

(ב) יש קשר בין ההיבטים התכנוניים להיבטים המוניציפליים באיו״ש: המועצות המקומיות והמועצות האזוריות משמשות באיו״ש ועדות מקומיות לתכנון ובנייה.

(ג) חרף הקשר האמור יש הבדלים בין הסמכויות המוניציפליות לסמכויות התכנוניות הנתונות למועצות: הסמכויות המוניציפליות משתרעות ב״תחום השיפוט״ של המועצות. לעומת זאת הסמכויות התכנוניות הנתונות למועצות (בתפקידן כוועדות מקומיות לתכנון ובנייה) משתרעות על ״מרחב התכנון״ של הוועדות המקומיות. אין חפיפה הכרחית ומלאה בין התחומים הללו.

(ד) אין לערבב בין הסדרה מוניציפלית לבין הסדרה תכנונית של יישוב או שכונה באיו״ש. כדי להסדיר יישוב באיו״ש נדרשות הן הסדרה מוניציפלית הן הסדרה תכנונית.

פרק 4.5: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש

§ 368 עמדנו על התנאי להסדרה מוניציפלית באיו״ש: כדי שיישוב או שכונה באיו״ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת מהמועצות המקומיות או המועצות האזוריות המוכרות באיו״ש. תנאי זה דומה למצב בישראל.

§ 369 נוסף על כך ההסדרה המוניציפלית לובשת לבוש ייחודי באיו״ש: תחום השיפוט של הרשות המוניציפלית נקבע באיו״ש מתוך זיקה לתנאי **הקנייני**.[49] כפי שראינו בפרק השני, מן הבחינה **הקניינית** אפשר להשתמש בקרקעות באיו״ש בעבור ההתיישבות הישראלית רק אם הקרקעות הן **בבעלות** המדינה, **מוחזקות** כדין על ידי המדינה או ש בבעלותו של **אזרח ישראלי**[50] (״אדמות מוחזקות כדין״).

§ 370 בהתאם, המדיניות הנוהגת כיום היא כי ״תחום השיפוט״ של הרשות המוניציפלית הישראלית ישתרע אך ורק על ״**אדמות מוחזקות כדין**״ (בעבר נהגה מדיניות שונה).

§ 371 לבוש זה ייחודי לאיו״ש. ברגיל, אין כל קשר בין קביעת תחום השיפוט של רשות מוניציפלית לבין הבעלות במקרקעין, אלא תחום שיפוטה של רשות מוניציפלית נקבע לפי שיקולים מוניציפליים. לא כך הוא באיו״ש. באיו״ש כיום רק במקום שיש קניין ממשלתי או קניין של אזרח ישראלי תיתכן רשות מוניציפלית ישראלית.

---

[49] וראו גם הצו בדבר מנהלת שירותים אזרחיים (יהודה והשומרון) (מס׳ 1789), התשע״ז–2017. הצו קובע כי ליישוב היהודי בחברון יוענקו שירותים מוניציפליים על ידי מנהלת למתן שירותים אזרחיים. ״תחום הפעלת הסמכות״ של המנהלת מוגדר בסעיף 1 לצו ככולל את ״המתיישבים והרכוש שבבעלות או בחזקת מתיישב באזור H-2 כהגדרתו בהסכם הביניים״.

[50] נשוב ונבהיר, למען הדיוק: מדובר לא רק באזרחים **ישראלים** אלא בכל אדם שרכש כדין מקרקעין באיו״ש והוא מעוניין שמקרקעיו ישמשו את ההתיישבות הישראלית, תהא אזרחותו של אותו אדם אשר תהא. ראו הערת שוליים 32 לעיל.

§ 372 ההצמדה של גבולות תחומי השיפוט לתחום האדמות המוחזקות כדין מייצרת תוצאה נלווית, המביאה לידי שוני באופי תחומי השיפוט של היישובים הישראליים באיו"ש (בהשוואה למצב בישראל): כפי שאין לרוב רצף בין גבולות אדמות המדינה או החלקות שנרכשו כדין בידי ישראלים, כך גם תחומי השיפוט של הרשויות המקומיות הישראליות באיו"ש נראים במרבית המקרים כצירוף של חטיבות מקרקעין בעלות גבולות מפותלים ואינן בהכרח מחוברות זו לזו.

פרק 4.5 סיכום ביניים: הקשר בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש

§ 373 נסכם את דברינו עד כה לגבי ההיבטים המוניציפליים באיו"ש:

(א) כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מן הבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת המועצות **האזוריות** או לאחת המועצות **המקומיות** המוכרות באיו"ש. במועצות האזוריות דנו בפרק 4.2. במועצות המקומיות, הנושאות אופי עירוני, דנו בפרק 4.3.

(ב) ההסדרה המוניציפלית אינה ניצבת לבדה. בפרק 4.4 עמדנו על הקשר בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית. בפרק הנוכחי עמדנו על הקשר בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה הקניינית.

(ג) יש קשר הדוק בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים באיו"ש: "תחום השיפוט" המוניציפלי נקבע באיו"ש מתוך זיקה לתנאי הקנייני. כלומר, "תחום השיפוט" משתרע אך ורק על "אדמות מוחזקות כדין", שהן אדמות שעליהן אפשר מבחינה קניינית להקים יישוב או שכונה ישראליים.

(ד) הקשר ההדוק בין ההיבטים הקנייניים להיבטים המוניציפליים הוא ייחודי לאיו"ש. ברגיל, תחום שיפוטה של רשות מוניציפלית נקבע לפי שיקולים מוניציפליים ולא לפי שיקולים קנייניים.

פרק 4.6: סיכום הפרק הרביעי – היבטים מוניציפליים באיו"ש

§ 374 כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין מהבחינה המוניציפלית נדרש שהם ישתייכו לאחת מ-17 המועצות המקומיות המוכרות באיו"ש או לאחד מ-108 היישובים השייכים לאחת משש המועצות האזוריות המוכרות באיו"ש.

§ 375 השתייכות לאחת מהמועצות המקומיות או האזוריות פירושה שעל היישוב או השכונה חל "תקנון המועצות המקומיות" או "תקנון המועצות האזוריות", לפי העניין. תקנונים אלו כוללים הסדרה של כלל התחומים המוניציפליים הצריכים לעניין, והם מבטיחים את ההסדרה המוניציפלית הדרושה.

§ 376 יש זיקה בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית, אך הזיקה אינה מלאה: המועצה המוניציפלית היא גם "ועדה מקומית לתכנון ובנייה". ואולם "תחום השיפוט" של המועצה, שעניינו סמכויותיה **המוניציפליות** של המועצה, אינו חופף בהכרח ל"מרחב התכנון" של המועצה, שעניינו סמכויותיה **התכנוניות** של המועצה.

§ 377 במהלך השנים התפתחה זיקה הדוקה בין ההסדרה המוניציפלית להסדרה התכנונית באיו״ש: ״תחום השיפוט״ המוניציפלי משתרע אך ורק על אדמות שאפשר מבחינה קניינית להקים עליהן יישוב או שכונה ישראליים.

§ 378 **הקמת** יישוב אינה עניין של מה בכך. היא נושאת השלכות על הציבור הרחב. על כן, החלטה בדבר הקמתו של יישוב טעונה החלטת ממשלה. זה הדין בישראל וזה הדין באיו״ש. ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס׳ 1.1800 מיום 6.12.2004 בעניין ״קבלת החלטה בנושא הקמת ישובים חדשים״. באשר למצב באיו״ש ראו גם החלטת ממשלה מס׳ 150 מיום 2.8.1996, ולפיה ״הצעות להקמת ישובים חדשים, יובאו לדיון ולהחלטת הממשלה״.

§ 379 לעומת זאת **הרחבה** של יישוב באיו״ש אינה טעונה החלטת ממשלה, אך היא טעונה אישור של שר הביטחון על דעת ראש הממשלה. הדרישה לאישור שר הביטחון על דעת ראש הממשלה להרחבתו של יישוב היא דרישה ייחודית לאיו״ש לנוכח ההשלכות המדיניות שצעד כזה נושא עימו. ראו החלטת ממשלה מס׳ 175 מיום 17.3.1999.

§ 380 הדרישה לאישור שר הביטחון על דעת ראש הממשלה ל**הרחבתו** של יישוב באיו״ש משתלבת עם הדרישה לאישור שר הביטחון לתוכנית באיו״ש. כפי שראינו לעיל ב-310 §, החלטת ממשלה מס׳ 150 מיום 2.8.1996 קבעה כי רשויות התכנון מוסמכות לדון ולאשר תוכניות באיו״ש רק לאחר קבלת אישור שר הביטחון. עוד ציינו כי בהחלטה מס׳ 150 נקבעו מקרים נוספים שנדרש בהם אישור הדרג המדיני. כלשון ההחלטה:

*״ב. כל הרשאה **חדשה** לתכנון והקצאת קרקע לבניה על אדמות מדינה באזורים תבוצע רק לאחר אישור של שר הביטחון.*
ג. ועדת התכנון באזורים לא תדון בתוכנית מתאר, אלא לאחר קבלת אישור שר בטחון ולא תיתן תוקף לתוכנית כזו, אלא באישורו ״ (ההדגשה הוספה).

§ 381 ההבחנה בין **הקמתו** של יישוב חדש ובין **הרחבתו** של היישוב היא לעיתים מורכבת ותלויה בנסיבות כל מקרה לגופו.

§ 382 הדרישה המדינית צריכה להתיישב עם הדרישות האחרות להסדרתם של יישוב או שכונה. על כן המדיניות הנהוגה כיום היא כי הדרג המדיני ייתן את אישורו להקמת יישוב או שכונה באיו״ש רק במקום שיתקיים בנוגע אליהם התנאי הקנייני, כלומר שהיישוב או השכונה נמצאים על ״אדמות מוחזקות כדין״.

§ 383 נסכם את דברינו עד כה בנוגע להיבטים המדיניים הנוגעים להסדרתם של יישוב או שכונה באיו"ש:

(א) כדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מן הבחינה המדינית נדרשת החלטת ממשלה בדבר הקמת היישוב.

(ב) כדי ששכונה ישראלית באיו"ש תהיה מוסדרת כדין מן הבחינה המדינית נדרשת החלטה של שר הביטחון על דעת ראש הממשלה.

(ג) ההבחנה בין הקמתו של יישוב חדש ובין הרחבתו של היישוב היא לעיתים מורכבת ותלויה בנסיבות כל מקרה לגופו.

(ד) המדיניות כיום היא שאישור הדרג המדיני להקמתם של יישוב או שכונה באיו"ש יינתן רק במקום שהתקיים בנוגע אליהם התנאי הקנייני להסדרתם של יישוב או שכונה.

פרק שישי: בעיות והמלצות

פרק 6.1: מיפוי הקשיים

§ 384 בפרקים הקודמים של הדו"ח עמדנו על התנאים שצריכים להתקיים כדי שישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין. ראינו שהתנאים הם ארבעה: התנאי הקנייני (פרק 2 לדו"ח), התנאי התכנוני (פרק 3 לדו"ח), התנאי המוניציפלי (פרק 4 לדו"ח) והתנאי בעניין אישור המדיני (פרק 5 לדו"ח). בהתאם למתווה זה יש לפעול כאשר הדרג המדיני המוסמך מבקש להביא להסדרתם של יישובים ושכונות באיו"ש.

§ 385 ואולם לא תמיד הדברים פשוטים ליישום. המצב שהובא לפתחנו הוא מצב נתון ולפיו קיימים באיו"ש יישובים ושכונות רבים שהוקמו ופותחו בתמיכת רשויות המדינה, אולם לא בהכרח התקיימו בנוגע לכולם ארבעת התנאים הנ"ל, וכעת המדינה מבקשת להסדירם. ניסינו למפות את המקרים המורכבים הללו.

§ 386 העיון והלימוד העלה כי אפשר למפות את המקרים שאינם פשוטים להסדרה ולחלקם **לשלושה טיפוסים של מקרים:**

(א) **קושי *שהתגלה בדיעבד*** – הכוונה ליישובים או שכונות שבעת שהוקמו העמדה הייתה שהם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, על "אדמות מוחזקות כדין". בדיעבד התברר שייתכן שנפלה בעניין זה שגגה. עניין זה קשור לעבודתו של צוות "קו כחול",[51] כפי שנרחיב להלן.

(ב) **"איים תלויים"** – הכוונה ליישובים או שכונות שמצויים על "אדמות מוחזקות כדין", כך שמן הבחינה הקניינית-העקרונית אפשר להסדירם. ואולם לעתים יש קושי בהסדרת דרך הגישה ליישוב או לשכונה; לעיתים יש קושי בהסדרתם התכנונית (כאשר המרחק מיישוב האם גדול בשל עקרון התכנון "צמוד הדופן", כפי שנראה בהמשך), ולעיתים יש קושי הן בהסדרת דרך הגישה הן בהסדרה התכנונית.

(ג) **התרחבות של היישוב או השכונה** – הכוונה ליישובים או שכונות שבהם הוקם גרעין היישוב כדין מן הבחינה הקניינית, אך ברבות השנים התרחב היישוב והתרבו שכונותיו, וההרחבה חורגת – או נחזית

[51] על עבודת צוות "קו כחול", ראו לעיל § 79 - § 84.

כחורגת – מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין", כלומר ההרחבה עשויה לעורר קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה הקניינית.

§ 387 נפרט להלן את טיפוסי המקרים ואת המלצותינו להסדרה אפשרית שלהם.

§ 388 נאמר מייד כי **<u>אין</u>** אנו מציגים המלצות שתבאנה להסדרת **<u>כל</u>** טיפוסי המקרים הללו לנוכח העקרונות שקיבלנו עלינו בכתיבתו של דו"ח זה, ובכללם ההחלטה לפעול לפי המסגרת המשפטית *הקיימת* באיו"ש במועד הוצאת כתב המינוי לחברי הצוות המקצועי וההחלטה להותיר סוגיות מסוימות פתוחות.

פרק 6.2: אב-טיפוס (א) – פגם שהתגלה בדיעבד

ה"גריעות" של צוות "קו כחול"

§ 389 כיצד אירע שמבנים שנבנו לכתחילה כדין ונכללו בגדרה של ההכרזה על "אדמות מדינה" אינם מצויים עוד בגדר ההכרזות הללו? הדבר קשור לעבודת צוות "קו כחול" ולהחלטתו "לגרוע" אדמות מתחום האדמות שהוכרזו בעבר כדין "אדמות מדינה". נבאר.

§ 390 כפי שראינו בפרק 2.4 לעיל, בעקבות החלטת ממשלה מס' 145 משנת 1979 התפתחה הפרקטיקה של "הכרזה על אדמות מדינה". בהתאם לפרקטיקה זו נערכו בדיקות מקיפות ויסודיות ביותר של בירור הבעלות בהתאם לדין המהותי החל באיו"ש. הליך הבירור כלל עיון במסמכים ובתצלומי אוויר, סיורים, פרסומים רבים, זכות ערר ועוד. בסופו של התהליך המעמיק המתואר הוציא הממונה על הרכוש הממשלתי (שהוא אדם שמינה המפקד הצבאי לנהל את הרכוש הממשלתי באיו"ש) תעודה המכריזה כי האדמות הן "רכוש ממשלתי". משמעותה של ההכרזה היא כי יש חזקה שמדובר באדמות בבעלות המדינה.

§ 391 על רבות מהאדמות שהוכרזו "אדמות מדינה" הוקמו יישובים ושכונות ישראליים לאחר תהליך מסודר של הקצאות חוזיות, ובמסגרתו הקצה הממונה על הרכוש הממשלתי את האדמות להתיישבות. על ההקצאות החוזיות ראו פרק 2.11 לעיל.

§ 392 עוד ראינו בפרק 2.4 לעיל שבשנת 1999 הוקם במִנהל האזרחי צוות שתפקידו לדייק את גבולותיהן של ההכרזות הוותיקות על אדמות מדינה (הכרזות משנות ה-80 ומראשית שנות ה-90) ולהתאימן למציאות היום. הדיוק נעשה בעזרת ציוד ממוחשב ומשוכלל שלא היה קיים בזמנו. הצוות מכונה "צוות קו כחול". במסגרת הדיוק שהצוות מדייק את ההכרזות יכול להיווצר מצב שהצוות "גורע" שטחים מתחום ההכרזה, שבוצעה כדין.

הנחייתו של מר בלס

§ 393 ביום 28.2.2011 הנחה מר מלכיאל (מייק) בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, כי צוות קו כחול **לא** יבדוק את ההכרזות הוותיקות ולא ידייק את גבולותיהן במקום שמדובר במתחם מתוכנן שיש בו מבנים שהוקמו מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים (ראו הודעת המדינה בבג"ץ 2911/17). טעמה של הנחייה זו ברור. תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות. כדברי מר בלס בהנחיה האמורה:

> *"ככל שמדובר בבנייה מסודרת, במגרשים שהוקצו על-ידי המדינה או משרד השיכון, אשר כבר קיימת בהם בנייה במשך עשרות שנים, לא נראה שיש צורך ממשי בבדיקת צוות 'קו כחול' אף אם הוחלט על שינוי מקיף בתב"ע. שכן, אף אם במקרה נכללה בתב"ע בטעות קרקע פרטית, הרי שכבר* ***קמה מניעות לבעליה שלא הלין על כך במשך כל השנים****. יהיה קושי במקרה כזה להצדיק מדוע השינוי הגורף חל על כל היישוב, פרט לבתים בודדים בהם התגלה כי יש קרקע פרטית"* (ההדגשה הוספה).

§ 394 מתברר שהנחיה זו לא חלחלה אל השטח ועל כן לא פעלו על פיה. התוצאה הייתה שצוות "קו כחול" בדק בנייה מסודרת שניצבת על תילה זה שנים רבות במקומות שהוכרזו "אדמות מדינה" כדין ויש בהם תוכנית תקפה ומאושרת כדין. תוצאת הבדיקה – שנעשתה (מבלי משים) בניגוד להנחייתו של מר בלס – הייתה שבתים רבים שלכתחילה נכללו בגדר ה"הכרזה על אדמות מדינה" **נגרעו** מההכרזה.

§ 395 **כך נוצר המצב של מבנים שבעת שהוקמו העמדה הייתה שהם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, אך *בדיעבד* – בחלוף שנים רבות – "נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" מגדר המבנים שנחשבים מבנים שהוקמו כדין.**

ה"גריעה" – לא בהכרח של אדמות פרטיות

§ 396 יודגש: גריעת המבנים שגרע צוות "קו כחול" מתחום ההכרזה על אדמות מדינה אין פירושה בהכרח שמדובר בקרקעות פרטיות. להלן דוגמאות מספר, שאינן ממצות.

(א) צוות "קו כחול" גורע לעיתים קרקעות מתחום ההכרזות, ובה בעת מציין כי הקרקעות המדוברות נחזות כאדמות הראויות להיחשב אדמות מדינה וכי ראוי לערוך סקר בנוגע אליהן. כלומר, לעיתים ה"גריעה" היא מטעמים פרוצדורליים גרידא (היינו, מבחינה מהותית האדמות הן אדמות מדינה, אך פרוצדורלית לא התקיים ההליך הנדרש להכרזתן ככאלו, שכן ההתחקות אחר כוונתם של מבצעי ההכרזה המקורית העלתה כי הם לא כללו את המקרקעין הללו בגדר ההכרזה).

(ב) צוות "קו כחול" גורע לעיתים מתחום ההכרזה קרקעות שהן "אדמות מדינה" לפי הדין המהותי, אך מטעמי זהירות הצוות סבור שלא ראוי עדיין לראותן ככאלו. כפי שראינו ב- 61 § לעיל, לפי חוק הקרקעות העות'מאני, הפרט יכול לרכוש זכות חזקה ועיבוד בקרקע "מירי" אם עיבד את הקרקע במשך 10 שנים רצופות **ואם לא הפסיק את העיבוד לתקופה של 3 שנים**. מטעמי זהירות צוות "קו כחול" פועל כך שרק קרקע שעיבודה הופסק למשך **10 שנים** נכללת בגדר ההכרזה על אדמות מדינה. מדיניות זהירה זו של הצוות הוחלה **רטרואקטיבית:** אדמות שהוכרזו כדין "אדמות מדינה" לאחר שהבדיקה העלתה כי עיבודן הופסק לתקופה של 3 שנים, **נגרעו** מגדר ההכרזה אם הפסקת העיבוד לא הגיעה לתקופה של 10 שנים.

§ 397 הסוגיה האחרונה – של הפסקת העיבוד – מורכבת. ראו לעניין זה בהרחבה את חוות דעתו של ד"ר חגי ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, **בנספח ב** לדו"ח זה.

§ 398 לדוגמאות שהבאנו לעיל, ולפיהן ה"גריעות" של צוות "קו כחול" אין פירושן בהכרח שמדובר בקרקעות פרטיות, יש להוסיף את דבריו הנכוחים של מר בלס ולפיהם מדובר בקרקעות שנבנו עליהן בתים לפני שנים רבות, בהתאם לתוכנית תקפה, בלי שאיש הביע כל מחאה בעניין. עוד יש לזכור שמדובר בקרקעות ש**הבעלות** בהן מעיקר הדין נתונה למדינה. על כך שהבעלות בקרקעות המדוברות מעיקר הדין נתונה למדינה ראו 59 § - 62 § לעיל.

היעדר פרסום של עבודת צוות "קו כחול"

§ 399 דבר נוסף: ברוב המוחלט של המקרים הבדיקות של צוות "קו כחול" **לא נעשו** בעקבות פנייה של מאן דהוא שטען לזכויות בשטח אלא כיוזמה של המנהל האזרחי שתכליתה הייתה לדייק את גבולות ההכרזות הוותיקות על אדמות מדינה לאחר פנייה של המועצות הישראליות באיו"ש, שביקשו לפתח את האזור, בין

שבדרך של תכנון מתחם חדש בין שבדרך של שינוי תוכנית קיימת ואף בדרך של הקצאה ישירה של מבני ציבור ביישוב ותיק.

§ 400 כמו כן, מכיוון שעד ליום 1.1.16 לא פורסמו תוצרי עבודת צוות "קו כחול",[52] המשמעות היא שתושבים רבים בהתיישבות הישראלית באיו"ש עשויים שלא לדעת כלל – וכפי הנראה אינם מעלים בדעתם – שבתיהם, שנבנו על אדמות מדינה שהוכרזו כדין, "נגרעו" מגדר ההכרזה על אדמות מדינה על ידי צוות "קו כחול". הדבר צפוי להיוודע להם רק כאשר ירצו למכור את בתיהם או כאשר ירצו לתכנן תוכנית חדשה בנוגע לבתיהם (וראו המקרה של החייל יהודה הישראלי ב- 510 § - 512 § להלן).

תמצית ההמלצות

§ 401 מצב זה טעון הסדרה. להלן נפרט המלצותינו להסדרה. תמצית ההמלצות הן אלו:

(א) במבט אל **העבר** – באשר למבנים שצוות "קו כחול" כבר "גרע" מגדר ההכרזה על אדמות מדינה, ההמלצה היא להסדירם בהתבסס על הוראת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 5 קובע "תקנת שוק" באשר לעסקאות שעשה הממונה על הרכוש הממשלתי.

(ב) במבט אל **העתיד** – באשר למקומות שעדיין לא נבחנו על ידי צוות "קו כחול", ההמלצה היא לפעול בהתאם להנחייתו של מר בלס. יש לוודא כי ההנחיה תחלחל אל השטח.

מבט אל העבר: "תקנת השוק" – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

§ 402 סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע:

"כל עסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי".

§ 403 סעיף זה מתיישב היטב עם המצב שתיארנו, שעניינו קרקעות שהוקצו להתיישבות הישראלית כדין על ידי הממונה לאחר הליך בירור מפורט ומעמיק שבסופו הוצאה תעודה המכריזה על המקרקעין "אדמות מדינה" ולאחר שתוכננה במקום תוכנית תקפה, והיא אושרה על ידי המוסדות המוסמכים ויצרה הסתמכות למי שפעל על פיה. בחלוף שנים רבות וללא כל פנייה ממאן דהוא שטען לזכויות בשטח גרע צוות "קו כחול" את האדמות האמורות מגדר ההכרזה על אדמות מדינה.

§ 404 מהוראת סעיף 5 עולה שבמקרים כדוגמת אלו, ההקצאה שהקצה הממונה "תעמוד בתוקפה". זהו הבסיס המשפטי להסדרתן של האדמות שנגרעו מגדר ההכרזה כ"אדמות מדינה".

§ 405 ואכן, היועץ המשפטי לממשלה קבע כי "סעיף 5 לצו מבטא הסדר של תקנת שוק, המקובל בהקשרים מקבילים, לרבות בדין הישראלי, וכשלעצמו אין הוא סותר את הדין הבינלאומי" (הודעת היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 1308/17). עוד קבע היועץ המשפטי לממשלה כי בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף 5 "**עסקה שנערכה בין הממונה לבין המתקשר עמו תעמוד בתוקפה, בהתאם למקובל בהסדרים של תקנת שוק**. דהיינו, למתקשר תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין, בהתאם לזכות שהוקצתה לו במסגרת הסכם

[52] על שתוצרי צוות "קו כחול" החלו להתפרסם רק החל מיום 1.1.16, ראו לעיל 84 §.

ההקצאה, והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי" (ההודעה הנ"ל בבג"ץ 1308/17. ההדגשה במקור).

406 § היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי "מן הראוי להגביל את השימוש בסעיף 5 ככלל **למתחם המגורים המבונה של היישוב** ולבנייה בפועל שנעשתה בשטחו טרם שנודע לצדדים לעסקה על כך שמדובר למעשה ברכוש שאיננו ממשלתי [...] תהא בנסיבות מסוימות הצדקה לתחולת הסעיף אף ביחס למקרים נוספים (כגון, מתחמי בנייה המשמשים לצורכי תעשייה ותעסוקה, שטחים חקלאיים). מכל מקום, ההסדר הקבוע בסעיף 5 לא יחול ביחס לשטחים המצויים מחוץ למתחם המבונה של היישוב ושלא נעשה בהם שימוש בפועל, וזאת גם אם מדובר בשטחים הנמצאים בתחומה של תוכנית בנין עיר (תב"ע) בתוקף" (ההודעה הנ"ל בבג"ץ 1308/17. ההדגשה במקור).

407 § לנוכח חשיבות הדברים ומורכבותם מצ"ב חוות דעתו המפורטת של ד"ר חגי ויניצקי בעניין פרשנות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. חוות דעתו של ד"ר ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, מצויה **בנספח ג** לדו"ח זה.

מבט אל העתיד: המתחם המתוכנן – הנחייתו של מר בלס

408 § באשר לעתיד ולמקומות שעדיין לא נבחנו על ידי צוות "קו כחול": ההמלצה היא לפעול בהתאם להנחייתו של מר בלס מיום 28.2.2011. ואכן, המדינה הודיעה לבית המשפט העליון על מחויבותה להנחייתו הנ"ל של מר בלס (ראו הודעת המדינה בבג"ץ 2911/17).

409 § בהתאם להנחיה זו **לא** יבדוק צוות קו כחול את ההכרזות הוותיקות ולא ידייק את גבולותיהן במקום שמדובר במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים (ראו הודעת המדינה בבג"ץ 2911/17). טעמה של הנחיה זו ברור. תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות.

§ 410 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג הראשון של המקרים שהתבקשה הסדרתם:

(א) קבוצה נכבדה של מבנים באיו״ש הוקמה על מקרקעין שהוכרזו כדין ״אדמות מדינה״ לאחר בדיקה מקיפה ומעמיקה ביותר של הדברים.

(ב) צוות ״קו כחול״ הוקם כדי לדייק את גבולות ההכרזות על ״אדמות מדינה״ ולהתאימן למכשור הטכנולוגי הקיים היום.

(ג) בשנת 2011 הנחה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז מר מלכיאל (מייק) בלס כי צוות ״קו כחול״ **לא** ידייק את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים. טעמה של ההנחיה ברור: תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות.

(ד) ההנחיה הנ״ל לא חלחלה אל השטח. התוצאה הייתה שצוות ״קו כחול״ בדק גם מבנים ותיקים שהוקמו בהתאם לתוכניות תקפות ומאושרות. בעקבות זאת נוצר מצב של **מבנים שבעת שהוקמו העמדה הייתה כי הם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, אך בדיעבד – בחלוף שנים רבות – ״נגרעו״ על ידי צוות ״קו כחול״ מגדר המבנים שנחשבים מבנים שהוקמו כדין.**

(ה) לא תמיד החלטתו של צוות ״קו כחול״ פירושה בהכרח כי מדובר בקרקעות פרטיות, ואף על פי כן הקרקעות נגרעו מגדר ההכרזה על אדמות מדינה.

(ו) לעניין המבנים שהקושי בהסדרתם נוצר בשל ה״גריעות״ של צוות קו כחול, המלצתנו כפולה, לעבר ולעתיד.

(ז) במבט לעבר: ההמלצה היא להסדיר את המבנים שנגרעו על ידי צוות ״קו כחול״, בהתבססנו על סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 5 קובע ״תקנת שוק״ למי שביצע עסקאות בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי. חוות דעת מפורטת באשר לסעיף 5 מצויה **בנספח ג** לדו״ח זה.

(ח) ואכן, היועץ המשפטי לממשלה הודיע לבית המשפט העליון בבג״ץ 1308/17 כי מכוחו של סעיף 5 הנ״ל, מבנים ש״נגרעו״ על ידי צוות ״קו כחול״ והתקיימו בהם תנאי סעיף 5, לבעלי המבנים ״תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין [...] והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי״, ובלבד שמדובר ככלל במתחם המגורים המבונה של היישוב.

(ט) במבט לעתיד: ההמלצה היא לנהוג בהתאם להנחייתו הנ"ל של מר בלס, ולפיה צוות "קו כחול" **לא** ידייק את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים.

(י) המדינה הודיעה לבית המשפט העליון על מחויבותה להנחייתו הנ"ל של מר בלס (בג"ץ 2911/17).

פרק 6.3: אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים"

היווצרות ה"איים התלויים"

§ 411 אחת העובדות שהתחוורה לנו במהלך כתיבתו של דו"ח זה היא כי ההתיישבות הישראלית באיו"ש מתאפיינת בכך שהיא בנויה במידה רבה על ראשי ההרים והגבעות ולא בעמקים. מצב עובדתי ייחודי זה נוצר בשל דיני הקרקעות החלים באיו"ש. לפי דינים אלו, הקרקע שבראשי ההרים והגבעות היא על פי רוב אדמות מדינה, ולעומתה, לפי דיני הקרקעות החלים באיו"ש, העמקים הם לעיתים אדמות פרטיות. נסביר.

§ 412 חוק הקרקעות העות'מאני הוא החוק המהותי החל באיו"ש בתחום המקרקעין. באשר לקרקע חקלאית, המכונה קרקע "מירי", קובע חוק הקרקעות העות'מאני כי הבעלות בקרקע נתונה למדינה והבעלות נותרת בידי המדינה, אולם בחלוף 10 שנים שבהן האדם החזיק בקרקע "מירי" ועיבד אותה ברציפות, הפרט זכאי להמשיך ולעבד את הקרקע (ובלבד שלא הפסיק לעבדה). כלומר, הפרט יכול לרכוש את הזכות **להחזיק** במקרקעין **ולהשתמש** בהם, ובלבד שעיבד את המקרקעין ברצף **בעיבוד חקלאי**. הגיונו של הדין העות'מאני המתואר נובע מכך שקרקע מעובדת היא קרקע שהמעבד שילם בגינה מס יבול לשלטון. על כן העניק השלטון לפרט את הזכות להחזיק בקרקע רק במקום שהפרט המשיך לעבד את הקרקע בפועל והמשיך להעביר בגינה מיסוי לשלטון.[53]

§ 413 טיבה של החקלאות הוא שהקרקעות הניתנות לעיבוד חקלאי נמצאות באופן טיפוסי בעמקים ובגיאיות, ואילו בראשי ההרים והגבעות הקרקעות אינן ניתנות לעיבוד חקלאי בנקל, ובאופן טיפוסי אינן מעובדות. כך קרה שהאדמות שאותרו והוכרזו "אדמות מדינה" כללו, באופן טיפוסי, את ראשי ההרים והגבעות, בשעה שהעמקים והגיאיות לא נכללו, פעמים רבות, בתחומי ההכרזות על "אדמות מדינה". ההכרזה הלכה בעקבות העיבוד החקלאי: אם זוהו עיבודים חקלאיים המקרקעין לא נכללו בגדר ההכרזה על "אדמות מדינה". אם לא זוהו עיבודים חקלאיים, המקרקעין נכללו בגדר ההכרזה על "אדמות מדינה". הכול בהתאם לחוק הקרקעות העות'מאני.

§ 414 מצב זה הביא ליצירתם של "איים תלויים". כלומר, היישובים והשכונות הישראליים באיו"ש בנויים פעמים רבות ובאופן טיפוסי בעיקר על ראשי ההרים והגבעות, ולא תמיד מצויה דרך גישה המובילה אליהם על "אדמות מדינה" מוכרזות, שכן דרך הגישה תעבור באופן טבעי, לפחות בחלקה, בעמקים ובגיאיות, שעשויים להיות רכוש פרטי של תושבים מוגנים.

§ 415 כדי להסדיר את היישובים והשכונות שהוקמו בתמיכת המדינה ב"איים התלויים" הללו נדרש ליתן מענה במיוחד להיבטים הייחודיים שלהלן (היבטים שעומדים לעיתים כל אחד לעצמו ולעיתים הם משלימים זה את זה ומשיקים זה לזה):

---

[53] לסקירה מפורטת על חוק הקרקעות העות'מאני בהקשרים הנוגעים לענייננו, ראו § 59 - § 63 לעיל.

(א) היבטים תכנוניים – נדרשת התייחסות תכנונית לעובדה שמדובר ביישובים ובשכונות שהם בבחינת "איים תלויים". סוגיה זו מתעוררת כאשר המרחק רב בין ה"אי התלוי" ליישוב האם, והיא מכונה "תכנון צמוד דופן".

(ב) הסדרת דרך גישה – היישוב או השכונה עצמם הוקמו על גבי "אדמות מדינה" מוכרזות כדין, אך נדרשת הסדרה של דרך הגישה ליישוב.

§ 416 נפרט את המלצותינו באשר לשני היבטים ייחודיים אלו.

תכנון "צמוד דופן"

תוכניות מתאר ארציות בישראל

§ 417 כדי להבין את פשרו של התכנון "צמוד הדופן" יש לפנות לדין החל בישראל. המשפטן הישראלי רגיל להידרש לכללים התכנוניים הקבועים בתוכניות המתאר הארציות הישראליות (המכונות בז'רגון "תמ"א"). בישראל 31 תוכניות מתאר ארציות,[54] העוסקות במגוון רחב של נושאים. רוב התוכניות הארציות עניינן תשתיות (דרכים, שדות תעופה, תחנות כוח, מים וביוב, כרייה וחציבה, תחנות תדלוק, מסילות ברזל, גז, סילוק אשפה, תקשורת מתקנים קטנים). חלק מן התוכניות הארציות עניינן סוגיות "ירוקות" (גנים לאומיים, יערות, חופים), וחלק אחר עוסק בפרויקטים לאומיים, היסטוריים, כלכליים ואחרים (אתרי מלחמת העצמאות, אתרי הנצחה, בתי סוהר).

§ 418 תוכנית המתאר הארצית החשובה ביותר בישראל כיום היא תמ"א 35. תמ"א 35 היא "תוכנית בניין ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור". היא תוחמת את ייעודי הקרקע לבנייה ולפיתוח ומתווה את העקרונות לשמירת השטחים הפתוחים מפני התרחבות השטח הבנוי, ובה נקבע העיקרון של תכנון "צמוד דופן". נרחיב עוד בהמשך הדברים באשר לתמ"א 35.

המצב באיו"ש: התוכניות המנדטוריות

§ 419 המצב באיו"ש שונה לחלוטין. עמדנו על כך שמנשר מס' 2, שפרסם המפקד הצבאי ביום 7.6.1967, קובע כי "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על-ידי [מפקד כוחות צה"ל באזור], ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור". בהתאם לכך שמרו רשויות המנהל האזרחי באיו"ש על האיזון המתבקש מכללים אלו, ועל כן מיעטו ליצור שינויים תכנוניים מרחיקי לכת, כדוגמת השינויים שיצרו בישראל תוכניות המתאר הארציות. בה בעת התירו רשויות המנהל האזרחי את עריכתם של שינויים תכנוניים שהתבקשו מהצורך לאפשר חיים תקינים באיו"ש.

§ 420 בהתאם, באיו"ש ממשיכות לחול התוכניות שחלו במקום בתקופת המנדט הבריטי (כל עוד לא שונו על ידי תוכניות מאוחרות). בתקופת המנדט הבריטי חלו באיו"ש בעיקר שתי תוכניות שהכינו הבריטים:[55] **RJ/5**(Regional Jerusalem/ 5); **S/15** (Samaria/15). כמו כן על חלק קטן מאוד מאיו"ש חלה התוכנית הבריטית **R/6** (מרחב לוד), ועל חלק קטנטן חלה התוכנית הבריטית **R/1** (מחוז עזה).

---

[54] לתוכניות המתאר הארציות בישראל, ראו באתר מנהל התכנון:
http://www.iplan.gov.il/Pages/Professional%20Tools/GeographicInformation/GeographicInformation/TamaIframe.aspx.

[55] אפשר לעיין בתוכניות הבריטיות, ובהן התוכנית המרכזית RJ/5, באתר מנהל התכנון:
http://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4.

421 § תוכניות בריטיות אלו מוכרות למשפטן הישראלי, שכן הבריטים החילו תוכניות דומות להן גם בשטח מדינת ישראל (במחוז הגליל – תוכנית RP/50/42; במחוז חיפה – תוכנית RP/25)[56]. לפסיקה המנחה שעסקה בתוכניות הבריטיות שחלו במדינת ישראל, ראו דנ״א 9983/16 **מ״י נ׳ דבאח**, פורסם **בנבו** (2017).

422 § מבחינה מעשית בהיבטים הנוגעים לענייננו, עיקרן של תוכניות בריטיות אלו הוא בין היתר בקביעת אזורים המיועדים לחקלאות (Agricultural Zone). על פי התוכניות המנדטוריות, באזורים חקלאיים אלו רשאיות רשויות התכנון המוסמכות להוציא היתר לבניית בית מגורים אחד למגורי החקלאי על חלקה שגודלה אינו נופל מדונם, בשטח של עד 15% מהחלקה או בשטח מרבי של 180 מ״ר, לפי הנמוך מהשניים.

423 § בעניין **ג׳מעית אסכאן** (בג״ץ 145/80, פ״ד לה(2) 285 (1980)) קבע בית המשפט העליון לעניין מתן היתר בנייה מכוחה של התוכנית RJ/5, כי ״יש שוני מהותי ויסודי, מבחינת תכנון הערים, בין הקמתה של שכונה שלמה לבין הקמתו של בית בודד, ואלו המבקשים להקים שכונה שלמה אינם יכולים להיכנס לנעליהם של אלה הרוצים להקים בית בודד, והדברים מובנים״ (שם, בעמ׳ 298-299). לפיכך נדחתה שם עתירה שבה ביקשו העותרים כי מכוחה של התוכנית המנדטורית יינתנו להם היתרי בנייה שיאפשרו הקמתה של שכונה שלמה.

424 § ראש המנהל האזרחי התקין בשנת 2012 תקנות שתכליתן לנסות להקל על מי שמבקשים – בהתבסס על התוכניות המנדטוריות – להקים מבנים חקלאיים יחידים (חממה, מחסן חקלאי ועוד), שאינם מיועדים למגורים: תקנות תכנון ערים, כפרים ובניינים (רישוי בינוי חקלאי) (יהודה והשומרון) (הוראת שעה), התשע״ב–2012.

425 § מלבד התוכניות המנדטוריות הנ״ל, כפי שהתפרשו בפסיקת בית המשפט העליון, **אין** באיו״ש כמעט תוכניות מתאר אזוריות (תמ״א), בכפוף לדברים שנאמר להלן.

המצב באיו״ש: התמ״אות

426 § באיו״ש חלות כיום תוכניות מתאר אזוריות אחדות, כולן עוסקות אך ורק בתשתיות:[57] **תמ״א 50** (וכן תמ״א 50/1) עוסקת בדרכים; **תמ״א 53** עוסקת בתחנות תדלוק; **תמ״א 55/1** (וכן תמ״א 55/1/1 ותמ״א 55/1/2) עוסקת במתקנים פוטו-וולטאיים; **תמ״א 56** עוסקת במתקני שידור קטנים זעירים.

427 § מלבד תוכניות אלו אין באיו״ש תוכניות מתאר אזוריות (תמ״א), ובוודאי שאין באיו״ש תוכניות מקיפות ומרחיקות לכת דוגמת תמ״א 35, החלה בישראל. וראו דברי בית המשפט העליון, שלפיהם ״יש לפרש את חוק התכנון הירדני, כמכיר באפשרות לקדם תכנון מקומי להקמת יישוב חדש או להרחבתו אף בהיעדר תוכנית אזורית״; ״בנקודת הזמן הנוכחית קיים קושי לקדם תכנון אזורי ארוך טווח, הנובע בעיקרו

---

[56] לקביעת אזורי התכנון בתקופת המנדט הבריטי וחלוקת ארץ ישראל המנדטורית מבחינה תכנונית למחוז ירושלים, מחוז לוד, מחוז חיפה, מחוז שומרון, מחוז הגליל, מחוז עזה, ראו צו מאת הנציב העליון על פי סעיף 10 לפקודת בנין ערים, 1936, בעניין ״גבולות אזוריים גליליים לבניין ערים״, עיתון רשמי מס׳ 1129 – תוספת מס׳ 2, מיום 4.9.1941.

[57] אפשר לעיין בתמ״אות החלות באיו״ש באתר מנהל התכנון:
http://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV3.aspx?tid=3
;http://iplan.gov.il/Mechozi/yosh/Pages/yosh/National_programs.aspx.

מאי הבהירות המתעוררת באזור תדיר באשר לשאלת הבעלות בקרקע" (בג"ץ 7590/15 **במקום נ' ועדת המשנה**, פורסם **בנבו** (2015), בפסקה 16, 14 לפסק הדין).

המצב באיו"ש: אין תחולה לתמ"א 35

§ 428 תמ"א 35, שהיא תוכנית המתאר הארצית הישראלית החשובה ביותר, **לא** נקלטה באיו"ש. המשמעות המשפטית של הדברים היא **שאין באיו"ש תחולה לתמ"א 35**. ואכן, תמ"א 35 עצמה קובעת כי "תוכנית זו חלה בכל שטחי מדינת ישראל שבהם חל החוק הישראלי".

§ 429 חרף מצב משפטי חד-משמעי זה עולה השאלה אם אין מקום להחלתו של עקרון התכנון "צמוד הדופן" שקבוע בתמ"א 35 גם באיו"ש מטעמים של היגיון וסבירות.

§ 430 החלתו של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש עלולה להציב קושי בפני ההסדרה התכנונית של היישובים והשכונות הישראליים באיו"ש, מפני שהיישובים והשכונות הללו בנויים, כאמור, באופן טיפוסי, במתכונת של "איים תלויים", על ראשי ההרים והגבעות ולא בעמקים. לעומת זאת עקרון התכנון "צמוד הדופן" מוביל לתכנון "צמוד" ורציף. נידרש לסוגיה זו להלן.

המצב באיו"ש: תחולה גמישה וזהירה לעקרון התכנון"צמוד הדופן"

§ 431 תמ"א 35 היא תוכנית מתאר ארצית ישראלית שנכנסה לתוקף בשנת 2005. תמ"א 35 שינתה מן הקצה אל הקצה את התפיסה התכנונית ששלטה בישראל. בעוד בראשית ימיה של המדינה העדיפה המדיניות התכנונית השלטת פיזור של האוכלוסייה בשטחים נרחבים ככל האפשר, אגב הקמת יישובים רבים בפריסה רחבה בכל שטחה של ישראל, בחלוף השנים, לנוכח המחסור ההולך וגובר בקרקעות בישראל, החליטו קובעי המדיניות לשנות את מדיניות התכנון הנוהגת ולהתאימה לצרכים העדכניים של מדינת ישראל.

§ 432 כחלק ממדיניות זו נקבע בתמ"א 35 עקרון התכנון "צמוד הדופן". לפי עיקרון זה, "יש להימנע מנקודות פיתוח חדשות במרחב ולהתמקד בעיבוי וחיזוק מוקדי פיתוח ויישובים קיימים". לפיכך נקבע בתמ"א 35 כי "ככלל, תכנית מתאר מחוזית חדשה חייבת להיות צמודת דופן לתכנית מתאר מחוזית קודמת, ובמקרים מסויימים גם תכנית מקומית או מפורטת צריכה להיות צמודת דופן לתכנית מקומית או מפורטת קודמת" (ראו **נספח ד** לדו"ח זה). לפרשנותו של עקרון התכנון "צמוד הדופן" בישראל, ראו עע"מ 6944/11 **המועצה הארצית לתכנון ובניה נ' זלצר**, פורסם **בנבו** (2015).

§ 433 אם כן, השאלה הנשאלת היא האם ועד כמה יש מקום להחיל גם באיו"ש את עקרון התכנון "צמוד הדופן", שהוא עקרון תכנוני שחל בישראל ותואם את צרכיה של ישראל. שאלה זו היא שאלה תכנונית מובהקת.

§ 434 לנוכח חשיבות הדברים מצ"ב חוות דעתה המקיפה של גב' בינת שוורץ-מילנר בשאלת תחולתו של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש. חוות דעתה של גב' שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, מצויה **בנספח ד** לדו"ח זה.

§ 435 כאמור בחוות הדעת:

"עקרון 'תכנון צמוד דופן' חיוני בחלקים העירוניים ביהודה ושומרון אך הישימות, התועלת והחשיבות שבו אינם מובהקים באזור הכפרי של המרחב. מסיבה זו בתכנון מעשי ופרקטי (להבדיל מתכנון תיאורטי), יש לשאוף לקיים ביהודה ושומרון את עקרון 'תכנון צמוד דופן' כקו-מנחה ומראה דרך, אך יש הצדקה מלאה לבחון אותו בכל מקרה לגופו תוך מתן משקל לתנאים המקומיים הייחודיים, טובת האוכלוסייה, השפעתו על קבוצות מוחלשות ומדיניות הממשלה".

§ 436 על סמך המלצה זו יש לבחון כל יישוב ושכונה באיו"ש בהתאם למתכונת **הגמישה** של עקרון התכנון "צמוד הדופן", מתוך הסתייעות באמות המידה המפורטות בהרחבה בחוות הדעת. בכך יינתן מענה לקושי התכנוני שהיה עלול להיווצר מהחלה דוגמטית ונוקשה – שאין לה מקום – של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש.

§ 437 מהודעה שהודיעה פרקליטות המדינה לבית המשפט העליון בבג"ץ 5300/13 אפשר ללמוד על מחויבותה של המדינה למתכונת **הגמישה** של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש, בהתאם לאמור בחוות דעתה הנ"ל של גב' שוורץ-מילנר. נוסף על כך בתיקים מספר הודיעה המדינה כי בכוונת רשויות התכנון באזור לקיים דיון עקרוני בתחולת העיקרון של התכנון "צמוד הדופן" ביהודה ושומרון (בג"ץ 2733/14, בג"ץ 1420/14).

§ 438 יובהר כי בכל מקרה, גם לפי תמ"א 35, אין צורך להחיל את עקרון התכנון "צמוד הדופן" במקום שמדובר ביישוב חדש. לכן במקרים מתאימים המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

דרכי גישה

הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין סמכות ההפקעה

§ 439 כדי להביא להסדרתם של היישובים והשכונות הישראליים באיו"ש הבנויים כ"איים תלויים", על גבי ראשי ההרים והגבעות, נדרשת הסדרה של דרך הגישה למקום. עניין לנו ביישובים או שכונות שהוקמו על גבי "אדמות מדינה" מוכרזות כדין, אך דרך הגישה אליהם אינה מוסדרת. רשויות התכנון אינן מאשרות תוכנית ליישוב או לשכונה בלי שהתוכנית תכלול דרך גישה מוסדרת למקום. על כן, כדי להביא להסדרתו התכנונית של המקום, נדרש להסדיר את דרך הגישה אליו.

§ 440 כפי שראינו ב- 118 § - 121 § לעיל, לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל** ולנוכח הפסיקה הענפה שנסקרה שם, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי המפקד הצבאי רשאי להפקיע מקרקעין, בהתאם לחוק ההפקעה הירדני, כדי להסדיר את דרך הגישה לשכונה או ליישוב ישראליים באיו"ש, בכפוף לעמידה בדרישות הסבירות והמידתיות (הדבר הודע בבג"ץ 1308/17).

§ 441 קביעתו זו של היועץ המשפטי לממשלה יש בה כדי ליתן מענה מלא לסוגיית הסדרת דרך הגישה ליישובים ולשכונות הישראליים באיו"ש הבנויים במתכונת של "איים תלויים", מתוך עמידה בדרישות של סבירות ומידתיות.

§ 442 כאן ראינו לנכון להציג שני הקשרים שיכולים לסייע, במקרים המתאימים, בעמידה בדרישות אלו, בין שלבדם ובין שבמשולב עם סמכות ההפקעה שקבעה היועץ המשפטי לממשלה. במה דברים אמורים?

443 § דרך המלך הנקוטה כיום להביא לידי הסדרה של דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים היא באמצעות איתור "אדמות מדינה" **הרשומות במרשם המקרקעין** בבעלות המדינה או אדמות שעברו הליך של **"הכרזה על אדמות מדינה"** (או ב"אדמות סקר", כדי לקדם עליהן הליך של הכרזה). ראו לעניין זה פרק 2.3-2.4 לעיל. ואולם באיו"ש יש אדמות נוספות שהן בבעלות המדינה ויכולות לשמש לדרך. ההסתייעות באדמות נוספות אלו יכולה להביא להסדרת דרך הגישה ליישובים ולשכונות הישראליים באיו"ש, ובה בעת היא תתיישב היטב עם ההגנה על קניינם הפרטי של התושבים המוגנים.

444 § נציג שני הקשרים שיש בהם "אדמות מדינה" נוספות שאף הן יכולות לשמש דרך, בין שכשלעצמן ובין שבמשולב עם סמכות ההפקעה שקבע היועץ המשפטי לממשלה:

(א) גשר או מנהרה בקרקע מסוג **"מירי"**.

(ב) קרקע מסוג **"מתרוכה"**.

445 § נפרט הדברים להלן.

גשר או מנהרה בקרקע מסוג מירי

446 § כבר הזכרנו את תקנה 43 לתקנות האג, 1907, אשר קובעת כי על המפקד הצבאי לנהוג ככל האפשר "מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה". החוק הנוהג באיו"ש בתחום קביעת הבעלות במקרקעין הוא חוק הקרקעות העות'מאני, 1858, ובהתאם לחוק זה יש לפעול (ראו דיוננו ב- 53 § - 56 § לעיל).

447 § חוק הקרקעות העות'מאני קובע שהקרקעות נחלקות לחמישה סוגים: קרקע מולק (השטח המבונה של היישוב); **קרקע "מירי"** (אדמות חקלאיות); קרקע "מתרוכה", המשמשת לצורכי ציבור; קרקע "מוואת" (קרקע המרוחקת מתחום יישוב); קרקע "ווקף" (קרקע שהפרט הקדיש לצורכי ציבור או לקרובי משפחה מסוימים).

448 § חלק ניכר מהמקרקעין באיו"ש הם מסוג "מירי". כפי שנפרט, **הבעלות בתת-הקרקע וברום האוויר בקרקע "מירי" לעולם נותרת בידי המדינה.** הלכך **אפשר לסלול דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים אגב הסתייעות בגשרים או במנהרות, שכן גשרים או מנהרות העוברים בקרקע "מירי" עוברים ב"אדמות מדינה" ואין בהם כדי לפגוע בקניין הפרט.**

449 § קרקע מסוג "מירי" היא קרקע חקלאית, וחוק הקרקעות העות'מאני קובע שהבעלות בה נתונה למדינה (ה"אמיר", ומכאן שמה). חוק הקרקעות מוסיף וקובע שבהתקיים תנאים מסוימים הפרט יכול לרכוש זכות **להחזיק** בקרקע **ולהשתמש** בה. התנאים שבהם יכול הפרט לרכוש את זכות החזקה והשימוש הם: עיבוד הקרקע והחזקתה במשך 10 שנים רצופות (בלי להזניח את העיבוד). הגיונו של הדין העות'מאני המתואר נובע מכך שקרקע מעובדת היא קרקע שהמעבד שילם בגינה מס יבול לשלטון. על כן השלטון העניק לפרט את הזכות להחזיק בקרקע של השלטון רק במקום שהפרט המשיך לעבד את הקרקע בפועל והמשיך להעביר בגינה מיסוי לשלטון (ראו דיוננו ב- 59 § - 63 § לעיל).

450 § עם זאת חוק הקרקעות העות'מאני קובע כי **הבעלות** בקרקע "מירי" (המכונה "רקבה") לעולם נותרת בידי המדינה. הזכות היחידה שהפרט יכול לרכוש מכוח עיבוד והחזקה ארוכי שנים היא זכות **השימוש והחזקה** (המכונה "תצרוף"). מכאן שעל פי חוק הקרקעות העות'מאני הבעלות בחלל הרום ובתת-הקרקע לעולם נותרת בידי המדינה.

451 § לשונו של סעיף 3 לחוק הקרקעות העות׳מאני בעניין זה ברורה וחד-משמעית: ״הרקבה על קרקעות מירי [...] שייכת לבית האוצר״. הדברים מתבהרים מהגדרתו של משה דוכן בנוגע לקרקע ״מירי״:

״מה היא קרקע מירי? ההגדרה הכללית ביחס אל מין זה היא: קרקעות מירי הן אותן הקרקעות, שזכות קנין הבעלות עליהן שייכת לממשלה, וזכות השימוש ואכילת פירותיהן שייכת לעובד אותן [...] שהרקבה בקרקעות מירי [...] היא בידי הממשלה, שהיא בעלת גוף הקרקע, והשימוש ואכילת הפירות שייכים לעובד אותה״ (משה דוכן **דיני הקרקעות במדינת ישראל** (התשי״ג), בעמ׳ 46).

452 § המדינה הודיעה לבית המשפט על עמדתה, ולפיה הבעלות בחלל הרום ובתת-הקרקע בקרקע מסוג ״מירי״ נותרת בידי המדינה (ראו ע״א 4999/06 **הממונה על הרכוש הממשלתי נ׳ מחצבות כפר גלעדי**, פורסם **בנבו** (2009)).

453 § מכאן, כפי שציינו, **אפשר לסלול דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים מתוך הסתייעות בגשרים או במנהרות, שכן גשרים או מנהרות העוברים בקרקע ״מירי״ עוברים ב״אדמות מדינה״ – ב״רקבה״ – ואין בהם כדי לפגוע בקניין הפרט** (**ב״תצרוף״**).

454 § אף על פי כן ניתנת האמת להיאמר: הפתרון של חציבת מנהרה או הקמת גשר בקרקע ״מירי״ הוא פעמים רבות פתרון שאינו מעשי ואינו סביר או מידתי, בין שבשל עלויותיו הגבוהות בין שבשל הקשיים ההנדסיים שעלולים להיווצר בשל חציבת מנהרה או הקמת גשר. ועדיין ראינו חשיבות בדיון בפתרון זה, שכן יש מקרים שבהם בכל זאת הוא יכול לסייע מן הבחינה המעשית, בעיקר כשעסקינן בפרויקטים רבי היקף.

קרקע מסוג מתרוכה

455 § הזכרנו שחוק הקרקעות העות׳מאני קובע שהקרקעות נחלקות לחמישה סוגים, ובהם **קרקע מסוג ״מתרוכה״**. כעת נעמוד על כך שהבעלות בקרקע מסוג ״מתרוכה״ נתונה למדינה ועל כך שקרקע מסוג ״מתרוכה״ נועדה לשמש דרך לפי חוק הקרקעות העות׳מאני. הלכך, בהחלט אפשר להשתמש בקרקעות אלו לצורך דרך גישה. הדבר יתיישב עם כללי המשפט הבינלאומי, הקובעים כי על המפקד הצבאי לנהוג ככל האפשר ״מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה״ (תקנה 43 לתקנות האג, 1907). כמו כן הדבר מתיישב עם הרצון להגן על הקניין הפרטי, שכן, כאמור, מדובר בקרקע שהבעלות בה נתונה למדינה. נפרט.

456 § המילה ״מתרוכה״ באה מן השורש הערבי ת-ר-כ, שפירושו ״להשאיר״, ופירוש המילה ״מתרוכה״ הוא ״קרקעות שהשאירון והוקצו לצרכי ציבור ורשות הרבים״ (אהרן בן-שמש **חוקי הקרקעות במדינת ישראל** (התשי״ג) 36). סעיף 5 לחוק הקרקעות העות׳מאני מגדיר מהי קרקע מסוג ״מתרוכה״ בזו הלשון:

״קרקע שברשות הרבים (מתרוכה) היא של שני מינים:
(א) זו שהניחוה לשימוש כללי של הציבור, כגון דרכים ציבוריות;
(ב) זו שהוקצתה בשביל בני כפר או עיר או כמה כפרים וערים המרוכזים בסביבה אחת, כגון האפרים המיוחדים לבני כפרים וערים (מרעה)״ (תרגום: משה דוכן **דיני קרקעות במדינת ישראל** (התשי״ג). ההדגשה הוספה).

457 § כעולה מלשון הסעיף, שני סוגים של קרקעות מוגדרים ״מתרוכה״:

הסוג הראשון, המנוי בסעיף קטן (א), עניינו קרקע השייכת לציבור כולו. קרקע זו מכונה ״**מחאמיה**״, כלומר מוגנת, לאמור: שזכות הציבור בה מוגנת ואין מקום להסיג את גבולה והיא נועדה לשמש את הציבור בכללו (ראו דוכן, בספרו הנ״ל, בעמ׳ 54, 57; בן-שמש, בספרו הנ״ל, בעמ׳ 36).

הסוג השני, המנוי בסעיף קטן (ב), עניינו קרקעות השייכות לציבור מסוים, כגון תושבי עיר או כפר מסוימים. סוג זה של "מתרוכה" מכונה "מורפקה", כלומר משועבדת, לאמור: מצורפת או משועבדת למקום היישוב (ראו דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 55; בן-שמש, בספרו הנ"ל, בעמ' 36).

458 § עניינו כעת הוא בדרכים, על כן נתמקד להלן בחלופה המנויה בסעיף 5(א) לחוק הקרקעות העות'מאני, היא החלופה המכונה "מחאמיה", ולא נעסוק בחלופה המנויה בסעיף 5(ב) לחוק הקרקעות העות'מאני, המכונה "מורפקה".

459 § הדינים החלים על מקרקעי מתרוכה מפורטים בעיקרם בפרק השני, סימן א, לחוק הקרקעות העות'מאני, סעיף 91-102 לחוק. נפנה ונעיין בסעיפים העוסקים ב"מחאמיה", ובפרט בסעיפים העוסקים בדרכים ציבוריות. שני סעיפים עיקריים עוסקים בדרכים ציבוריות, והם סעיף 93 וסעיף 102 לחוק הקרקעות העות'מאני. סעיף 93 קובע כי:

"אין בונים בניינים ואין נוטעים נטיעות בדרך הרבים, ואם עבר אדם ובנה ונטע – הבניינים ייהרסו והנטיעות ייעקרו. זה הכלל: דרך הרבים אין בה חזקה, ואם החזיק בה אדם מסלקים אותו" (בתרגומו של דוכן, בספרו הנ"ל).

460 § סעיף 102 לחוק הקרקעות העות'מאני קובע הוראה דומה. וזו לשון הסעיף:

"כל נכסי רשות הרבים, כגון: מקומות החורשות והיערות, שהוקצו לבני הכפרים, ***ודרך הרבים*** *והשווקים ומקומות הכנוס לתגרנים ומקומות הגרנות והמרעה, בין של קיץ ובין של חורף – אין בהם דין חזקה ליחידים אפילו לאחר כמה שנים"* (בתרגומו של דוכן, בספרו הנ"ל. ההדגשה הוספה).

461 § העיון בלשון החוק לימדנו כי אחד המאפיינים החשובים של קרקע מסוג "מתרוכה", בפרט קרקע המשמשת דרך, הוא כי השימוש הציבורי בקרקע נשמר מכל משמר ואדם פרטי אינו יכול לרכוש בקרקע זכויות מכוח חזקה, אפילו אם מדובר בחזקה ממושכת. אין לטעת, לבנות או להחזיק בקרקע "מתרוכה" המשמשת דרך, ומי שמחזיק בקרקע, נוטע בה או בונה בה – יסולק מן הקרקע. הכול כדי להבטיח את השימוש הציבורי בקרקע. כך סוכם הדין על ידי דוכן בספרו הנ"ל:

"ביחס לקרקעות ממין מתרוכה נוהג כלל, שאין בונים בנינים ואין נוטעים נטיעות על קרקע ממין זה. ואם עבר אדם ובנה ונטע — יהרסו הבנינים, והנטיעות יעקרו. מלבד זה ביחס לקרקעות מתרוכה אין נוהג דין חזקה, כלומר — הכלל של חזקה על יסוד החזקה (usucapio) אינו חל על קרקעות אלו" (שם, בעמ' 58).

462 § "מתרוכה" נוצרת בשתי דרכים: **הדרך האחת** היא הקצאה (assignment) ורישום בספרי האחוזה. **הדרך השנייה** היא שימוש רב שנים, "מימים קדמונים" (ab antiquo). על שתי הדרכים ליצירתה של "מתרוכה", ראו דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 55. על השימוש רב שנים, "מימים קדמונים" (ab antiquo), כדרך ליצירת "מתרוכה", ראו גם סעיף 91, 95-100 לחוק הקרקעות העות'מאני.

463 § מהו משך הזמן הדרוש כדי ששימוש "רב שנים" יהפוך את הקרקע ל"מתרוכה"? דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 56, מציין כי הדין העות'מאני לא קבע פרק זמן מוגדר ונוקשה, ונראה כי ההכרעה בעניין תיעשה מקרה-מקרה לפי נסיבותיו. דוכן מעיר שם כי היקש לסעיף 1675 למג'לה ילמד כי לכאורה התקופה צריכה לעלות על 50 שנה.[58] נעיר כי היקש לסעיף 94 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, החל בישראל, יעלה כי

[58] סעיף 1675 למג'לה קבע כך:
"אין התיישנות בקרקעות ציבור
תביעת קרקעות שהנאתן לציבור, כגון **דרך הרבים**, הנהר ואדמת המרעה, אין בה התיישנות.
כיצד? מי שתפס אדמת מרעה השייך לכפר והחזיק בה בתוך חמישים שנה באין מפריע, ולאחר מכאן באו בני הכפר לתבוע את אדמת המרעה — נזקקים לתביעתם" (ההדגשה הוספה).

התקופה שבה נרכשת זיקת הנאה, ובכלל זה זיקת הנאה לצורך שימוש במקרקעין כדרך, עומדת על 30 שנה. וראו גם סעיף 92 לחוק המקרקעין, הקובע כי זיקת הנאה יכול שתהא "לטובת הציבור".

§ 464 **קרקע שהיא "מתרוכה" – הבעלות בה נתונה למדינה.** "הרקבה [=הבעלות] של מתרוכה היא בידי המדינה" (דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 55). זכות השימוש ("תצרוף") בקרקע "מתרוכה" נתונה לציבור, וב"מתרוכה" מסוג "מחאמיה", המשמשת דרך, היא נתונה **לציבור כולו לצורך שימוש כדרך**. כדבריו של דוכן, בספרו הנ"ל, בעמ' 38:

"קרקעות שהמלכות מסרה אותן לשימוש ציבורי, כמו: דרכים, מרעה וכדומה. סוג זה אנו מוצאים בחוק הקרקעות הנוכחי בשם קרקעות מתרוכה. זכות הבעלות על גוף הקרקע נשארה בידי המלכות ורק זכות השימוש בקרקע נמסרה לצבור".

§ 465 הינה כי כן, לפי חוק הקרקעות העות'מאני, דרכים המשמשות בפועל דרכים מ"ימים קדמונים" וכן דרכים הרשומות כדרכים במרשם המקרקעין הן בבעלות המדינה. מכאן כי **במקום שיש "מתרוכות" המשמשות דרך "מימים קדמונים" או שהן רשומות במרשם המקרקעין, במקרים מתאימים יהיה אפשר לעשות בהן שימוש כדרכים על ידי קביעתן בתוכנית המבקשת להביא להסדרה של יישוב או שכונה באיו"ש**. כך עולה מחוק הקרקעות העות'מאני, והדברים מתיישבים היטב עם ההגנה על הקניין הפרטי.

§ 466 למען שלמות התמונה באשר לדין החל באיו"ש לעניין דרכי גישה ליישובים ושכונות, ראוי להידרש בקצרה לחוק הדרכים הירדני.

חוק הדרכים הירדני

§ 467 חוק הפיקוח על הדרכים והשמירה עליהן, חוק מס' 51 משנת 1938, כפי שתוקן בחוק תיקון לחוק הפיקוח על הדרכים והשמירה עליהן, חוק מס' 29 לשנת 1957 (להלן – חוק הדרכים הירדני) הוא החוק החל באיו"ש בעניין השמירה על הדרכים. החוק מגדיר "דרך" בסעיף 2 לחוק הגדרה רחבה, **הכוללת אף את שוליה של הדרך**, אגב הבהרה שהכוונה הן לדרך סלולה הן לדרך שאינה סלולה. וזו לשונה של ההגדרה בסעיף 2 לחוק:

"(א) במילה (דרך) כוללת כל חלק מדרך שיועדה לתעבורה בין אם הייתה סלולה ובין שלא הייתה סלולה.
(ב) החלק הבלתי סלול משני צדדי הדרך (באנקיט).
(ג) התעלות הגובלות בדרך.
(ד) כל הגשרים והמעברים ומה ששייך להם כגון עמודים, יסודות, קירות תומכים וכדומה.
(ה) שני צדדי הדרך בין אם היו קיימים על שטח המילוי אם החצוב.
(ו) הקרקע המשתרעת עד לשבעים וחמש סנטימטרים מהגבול החיצוני של תעלת הדרך, במידה והייתה הדרך גובלת בתעלה; במידה ולא הייתה גובלת בתעלה, תימדד משולי בסיס המילוי התחתון או מהצד העליון של החתך ותכלול גם אותם חלקים מהדרכים שהופנתה מהן התעבורה באופן תמידי, מלבד אם היו באופן חלקי בבעלות בני אדם כלשהם".

§ 468 חוק הדרכים הירדני קובע כי בדרכים – כהגדרתם הרחבה, הכוללת כאמור גם את שולי הדרך – חל איסור חמור על פלישה ועל הסגת גבול, וההגדרה של הסגת גבול בסעיף 2 לחוק אף היא רחבה וכוללת הבהרה שלפיה הסגת גבול לפי החוק כוללת "כל מעשה [...] ההופך אותה [את הדרך] לבלתי מתאימה לשמש את המטרה שלשמה נסללה, או המשחית את הדרך [...] כמו כן, סיפוח כל חלק מהדרך לכל קרקע סמוכה או השימוש בה לכל מטרה שלא לשמה נסללה הדרך [...]".

§ 469 עוד עולה מחוק הדרכים הירדני תפיסה מקובלת באשר לרוחבה הטיפוסי והנוהג של דרך לפי הדין הירדני, שהוא הדין החל במקום. וכך קובע סעיף 8(1) לחוק הדרכים הירדני:

"דרכי הממלכה יחולקו לשלושת הסוגים הבאים:
(א) דרכי הממלכה הציבוריות (הראשיות) שלא יעלה רוחבן על 40 מטר מחוץ לערים [...]
(ב) דרכי המחוזות (המשניות) שלא יעלה רוחבן על 30 מטר מחוץ לערים [...]
(ג) דרכי הכפרים (חקלאיות) אשר לא יעלה רוחבן על 20 מטר מחוץ לכפרים".

470 § העיון בחוק הדרכים הירדני השלים לנו את התמונה המשפטית הנחוצה לצורך הידרשות להסדרתן של דרכי הגישה באיו"ש.

471 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השני של המקרים שהתבקשה הסדרתם, הוא הסוג שעניינו "איים תלויים":

(א) באיו"ש יש מציאות ייחודית ולפיה היישובים והשכונות הישראליים בנויים באופן טיפוסי על גבי ההרים והגבעות, והעמקים המחברים ביניהם אינם מהווים חלק מההתיישבות הישראלית. מציאות ייחודית זו נובעת מהדין המהותי החל באיו"ש, ולפיו "אדמות מדינה" נמצאות בדרך כלל בראשי ההרים והגבעות, ואילו העמקים יכולים להיות מעובדים בעיבודים חקלאיים פרטיים. כך נוצרת מציאות של "איים תלויים".

(ב) כדי להסדיר את ה"איים התלויים" נדרשת פעולה בשני היבטים עיקריים: האחד הוא ההיבט התכנוני, המכונה "תכנון צמוד דופן". השני הוא ההיבט הקנייני, שעניינו הסדרת דרך גישה ליישוב או לשכונה.

(ג) באשר להיבט התכנוני ולסוגיה של "**תכנון צמוד דופן**": הדרישה כי התכנון של יישובים או שכונות יהיה "צמוד דופן" לתוכניות קיימות היא דרישה תכנונית שקיימת מן הבחינה המשפטית אך ורק בשטח מדינת ישראל, מכוחה של תמ"א 35, שהיא תוכנית החלה רק בישראל. החלה דוגמטית ונוקשה של עיקרון תכנוני-ישראלי זה באיו"ש הייתה עלולה להציב קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה התכנונית של ה"איים התלויים".

(ד) המלצתנו בהקשר זה היא להחיל, מטעמים שבהיגיון, את עקרון התכנון "צמוד הדופן" גם באיו"ש, אך בצורה **גמישה** המאפשרת שקילה של כלל השיקולים הצריכים לעניין. המלצה זו נתמכת בחוות דעתה המפורטת של גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, המצויה **בנספח ד** לדו"ח זה. הודעת המדינה בבג"ץ 5300/13 מלמדת על מחויבותה של המדינה למתכונת **הגמישה** האמורה של עקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש.

(ה) יובהר כי בכל מקרה, גם לפי תמ"א 35, אין צורך להחיל את עקרון התכנון "צמוד הדופן" במקום שמדובר ביישוב חדש. לכן, במקרים מתאימים, המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

(ו) באשר להיבט הקנייני ולסוגיה של הסדרת **דרכי הגישה**: עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אפשר להפקיע מקרקעין בעבור דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים, ובלבד שהדבר עומד בעקרונות של מידתיות וסבירות (הודעת היועץ בבג"ץ 1308/17). עמדה זו, הנסמכת על פסיקת בית המשפט העליון, יש בה כדי ליתן מענה לצורך בהסדרת דרכי הגישה ל"איים התלויים".

(ז) למען שלמות התמונה, ובלי שיהיה בכך כדי למעט מעמדתו זו של היועץ המשפטי לממשלה, ראינו לנכון להסב את תשומת הלב לשתי אפשרויות משלימות שיש בהן כדי להביא לידי הסדרה של דרכי הגישה ליישובים ולשכונות הישראליים. ביישומן של אפשרויות אלו אין משום פגיעה בקניין הפרט.

(ח) האפשרות האחת היא **לחצוב מנהרה או לסלול גשר** שיביאו להסדרת דרך הגישה ליישוב או לשכונה הישראליים. דרך זו אפשרית משום שלפי דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש, הבעלות בתת-הקרקע ובחלל הרום נותרת לעולם בידי המדינה (בקרקע מסוג "מירי", שהיא

קרקע חקלאית, והיא נפוצה ביותר באיו״ש). חסרונה של מתכונת זו נעוץ בעלויותיה הגבוהות, ובשל כך לעיתים פתרון זה אינו מעשי ואינו סביר. לכן אפשר להשתמש בו מעשית בעיקר בפרויקטים רבי היקף.

(ט) האפשרות השנייה היא להשתמש ב״**מתרוכות**״. ״מתרוכות״ הן דרכים המשמשות ככאלו זה שנים רבות. לפי דין המקרקעין המהותי, הבעלות ב״מתרוכות״ נתונה למדינה. על כן אפשר להשתמש בהן כדרכים שימוסדו בתוכנית.

פרק 6.4: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה: כללי

§ 472 עמדנו על כך שהקשיים האפשריים בהסדרתם של יישובים או שכונות באיו״ש ניתנים למיפוי ולחלוקה לשלושה טיפוסים:

(א) **אב-טיפוס (א) – קושי שהתגלה בדיעבד**. בעניין זה עסקנו בפרק 6.2.

(ב) **אב-טיפוס (ב) – ״איים תלויים״**. בעניין זה עסקנו בפרק 6.3.

(ג) **אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה**. בכך נעסוק עתה.

§ 473 נאמר מייד כי אב-טיפוס זה של מקרים הוא המורכב ביותר מבחינת הסדרה. לנוכח מורכבות זו נחלק את דיוננו לפרקים האלה:

(א) הצגת אב-הטיפוס ומאפייניו – בכך נעסוק בפרק 6.5.

(ב) הסדרה **מוניציפלית** – בכך נעסוק בפרק 6.6.

(ג) הסדרה **קניינית ותכנונית**: איחוד וחלוקה – אפשרות זו, שהוצגה בפנינו, נותיר פתוחה לדיון עתידי ונידרש אליה בקצרה בפרק 6.7.

(ד) הסדרה **קניינית ותכנונית**: הפקעה לפי חוק התכנון הירדני – אפשרות זו הועלתה בפנינו לאחרונה ולא היה סיפק בידינו להידרש לה. נזכירה בתמצית בשולי פרק 6.7.

פרק 6.5: אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה: **במה דברים אמורים?**

התרחבות החורגת מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין"

§ 474 יש באיו״ש יישובים ותיקים, הקיימים שנים רבות, לעיתים עשרות שנים. יישובים ותיקים אלו הוקמו על פי החלטת ממשלה כדין כשגרעין היישוב הוקם כדין מן הבחינה הקניינית. ברבות השנים, בעקבות התרחבותו הטבעית של היישוב, התרבו שכונותיו ובתיו. התרחבות זו עשויה לעורר קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה קניינית, שכן לא תמיד הייתה ההתרחבות לתחום ה״אדמות המוחזקות כדין״.

§ 475 לדוגמה: יישוב הוקם בתחום אדמות שהוכרזו כדין ״אדמות מדינה״ (על ההכרזה על ״אדמות מדינה״, ראו פרק 2.4 לעיל). ברבות השנים התרחב היישוב ויכול שההרחבה חרגה מתחום ההכרזה.

476 § עוד דוגמה: יישוב הוקם במקרקעין התפוסים כדין בתפיסה צבאית (על תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים, ראו פרק 2.8 לעיל). ברבות השנים התרחב היישוב, ויכול שההרחבה חרגה מתחומם של המקרקעין התפוסים בתפיסה צבאית.

477 § דוגמה נוספת: יישוב הוקם במקרקעין שהופקעו כדין על ידי הרשויות הירדניות (על ההפקעות הירדניות, ראו 101 § - 109 § לעיל). ברבות השנים התרחב היישוב, ויכול שההרחבה חרגה מתחומם של המקרקעין שהופקעו על ידי הרשויות הירדניות.

478 § בכל המקרים הללו כולם יכול להתעורר קושי מן הבחינה ההסדרתית במקום שה"הרחבות החורגות" הללו לא הוקמו על "אדמות המוחזקות כדין" מהבחינה הקניינית.

479 § יודגש: **אין אנו עוסקים ביישובים חדשים או בכאלה שזכו לכינוי "מאחזים"**. אין אנו מדברים ביישובים או בשכונות שהוקמו ללא החלטת ממשלה. אנו עוסקים כאמור ביישובים ותיקים שהוקמו על פי החלטת ממשלה **רשמיות** ובתמיכה **רשמית** של הממשלה.

480 § ועוד: בהרחבות הללו פעמים רבות נעשו **עבודות הפיתוח** על ידי מדינת ישראל. יש יישובים שבהם **התכנון** של ההרחבות אף הוא נעשה על ידי מדינת ישראל, ויש גם יישובים שבהם **הבנייה עצמה** של ההרחבות נעשתה על ידי מדינת ישראל. עניין לנו בהרחבות החורגות מתחומן של ה"אדמות המוחזקות כדין" **ואשר בוצעו לפני שנים רבות**.

481 § התוצאה המעשית של מצב זה היא שנכון להיום המבנים שנבנו באדמות אלו אינם מוסדרים כדין מן הבחינה הקניינית. היעדר ההסדרה הקניינית מוביל אף להיעדר הסדרה תכנונית. על הקשר שנוצר באיו"ש בין ההסדרה הקניינית להסדרה התכנונית, ראו פרק 3.6 לעיל.

סיבות אפשריות להיווצרות ההרחבות ה"חורגות"

482 § כיצד קרה הדבר? כיצד נוצרו הרחבות ה"חורגות" מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין"? הועלו כמה השערות בעניין זה, אך נראה שבחלוף שנים כה רבות מאז אירעו הדברים קשה לדעת בבירור כיצד אירע הדבר.

483 § עם זאת נעיר כי התופעה שלפיה "הקדימה" הבנייה את הליכי התכנון והרישוי הרשמיים של יישובים ושכונות לא הייתה ייחודית לאיו"ש בתקופה הנוגעת לענייננו. אולי "אווירה" זו היא שגרמה להיווצרות התופעה. כמו כן ייתכן שבאיו"ש הייתה "אווירה" זו בעלת משקל, שכן יכול שהדרג המדיני סבר – מטעמים מדיניים כאלו ואחרים – שיהיה נכון לנהוג כך במקרים שנראו לדרג המדיני מתאימים.

484 § על כל פנים, כאמור, לא מדובר ב"אווירה" ייחודית לאיו"ש. נזכיר דוגמאות ידועות בישראל:

קיבוץ להבות חביבה, השוכן כ-10 ק"מ מזרחית לחדרה, הוקם בשנת 1949 ואחר כך שינה את מקומו ועבר בשנת 1951 לגבעה סמוכה ליישוב המקורי, למקום שבו הוא נמצא כיום. התוכנית להסדרתו התכנונית של הקיבוץ אושרה רק בשנת 1980 (תוכנית מ/70).[59]

נמרוד הוא יישוב השוכן למרגלות החרמון, בסמוך למצודת נמרוד. היישוב הוקם בשנת 1982. היישוב הוסדר בעיקרו מן הבחינה התכנונית רק בשנת 2016 (תוכנית ג/ 20579).[60] וראו גם עפ"א (נצ') 359/08 **הוועדה המחוזית נ' גולדפארב**, פורסם **בנבו** (2009).

---

[59] אפשר לעיין בתוכנית באתר מנהל התכנון: http://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4.
[60] אפשר לעיין בתוכנית באתר מנהל התכנון: http://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4.

כליל הוא יישוב קהילתי אקולוגי השוכן בגליל המערבי כ-10 ק״מ ממזרח לנהרייה. היישוב הוקם בשנת 1979. היישוב הוסדר בעיקרו מן הבחינה התכנונית רק בשנת 2009. וראו גם בג״ץ 5137/08 **אלבז נ׳ הוועדה לנושאים תכנוניים**, פורסם **בנבו** (2010).

§ 485 לשון אחר: אנו עוסקים בתקופה שבה הן בישראל הן באיו״ש **הבנייה** של יישובים נעשתה לעיתים בברכת הרשויות **לפני** ההסדרה התכנונית המלאה של היישובים. הכוונה הייתה שהבנייה תוסדר תכנונית בהמשך הדברים. **היום, כך יש לקוות, הדברים מתנהלים אחרת.**

§ 486 על כל פנים, בישראל ההסדרה התכנונית של היישובים שבנייתם ״הקדימה״ את תכנונם התאפשרה בדרך כלל, גם אם בחלוף שנים רבות, כמו בדוגמאות שהבאנו לעיל. באיו״ש הדברים מורכבים יותר, ועוד נעמוד על כך.

יישובים שבהם הבנייה "הקדימה" את התכנון: המצב בישראל

§ 487 עמדנו על כך שבתקופה המדוברת הייתה בישראל ובאיו״ש אווירה שאפשרה את המצב שלפיו יישובים נבנו **לפני** שתכנונם הושלם, בברכת רשויות המדינה. במצב זה, רק לאחר מכן, לעיתים בחלוף שנים רבות, הושלמו הליכי התכנון והבנייה של היישובים הללו. נתעכב קמעא על הפסיקה הנוגעת לעניין בישראל.

§ 488 נעיין לדוגמה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת, שעסק בכתבי אישום שהוגשו נגד תושבי היישוב נמרוד בשל הבינוי שביצעו ביישוב ללא היתר (עפ״א (נצ׳) 359/08 **הוועדה המחוזית נ׳ גולדפארב**, פורסם **בנבו** (2009)). התושבים טענו שהיישוב כולו בנוי ללא היתר, וכי ״הם התיישבו ביישובם ברמת הגולן ביוזמת החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית, ובשליחותה, ובידיעה ועידוד של המועצה האזורית גולן, הכול מתוך מניעים אידיאולוגיים וציוניים מובהקים. הם טענו כי הם [...] פעלו על יסוד הבטחה שלטונית מפורשת של החטיבה להתיישבות, שלפיה היישוב על אדמותיו עתיד להיות מוסדר ומוכר על ידי הגופים המיישבים, זאת באחריותם המלאה תוך שאותם גופים ממליצים, מאשרים, ואף מעניקים הלוואות מתאימות לצורך הקמת המבנים נשוא כתב האישום״.

§ 489 בית המשפט המחוזי בנצרת **ביטל** את כתבי האישום שהוגשו נגד תושבי נמרוד מטעמים של ״הגנה מן הצדק״. בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות המקרה, שבהן המדינה עודדה את הקמת היישוב ותמכה בו, הגשת כתבי האישום נגד התושבים יוצרת ״מצב בלתי נסבל״, העולה ״כדי התעמרות״ בתושבים. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי ״הפגיעה בנסיבות אלה בתחושת הצדק וההגינות היא כה חריפה, עד שהיא מצדיקה ביטול כתבי האישום ממש״ (פסק דינו של כב׳ השופט אברהם).

§ 490 עוד אמר בית המשפט המחוזי כי:

> ״גזירה שלפיה אזרחים העוברים לגור בהיאחזות מסויימת בעידוד המדינה ובעזרתה התקציבית, ימצאו עצמם עומדים במקום AS IS – מבחינת היעדר אפשרות לפיתוח המקום, היא גזירה בלתי סבירה ובלתי צודקת בעליל, בייחוד כאשר הקפאת המצב הזו נמשכת שנים ארוכות״ (פסק דינו של כב׳ השופט עיילבוני).

§ 491 בעת האחרונה, בשנת 2016, הוסדר כאמור היישוב נמרוד מן הבחינה התכנונית.

§ 492 כעת נעיין בפסק דינו של בית המשפט העליון בנוגע לבנייה של בני שבט אבו קוידר, שנעשתה בעידוד המדינה (עע״מ 2847/13 **איסמעילוף נ׳ ראש הממשלה**, פורסם **בנבו** (2016). דובר שם על בנייה בניגוד לדיני התכנון והבנייה שעשו בני השבט באזור נבטים שבנגב. הבנייה נעשתה גם על קרקע **פרטית** של

המערערים, והמדינה עצמה בנתה במקום שלא כדין בית ספר וגן ילדים. המערערים ביקשו כי בית המשפט יורה למדינה לפעול להוצאת צווי הריסה לכלל המבנים הבלתי חוקיים שנבנו על גבי אדמתם.

§ 493 בית המשפט העליון דחה את בקשתם של המערערים בקובעו כי אין מקום להתערב בשיקול דעתה של המדינה בעניין זה. בית המשפט העליון מבהיר כי:

> ״לצד חובתה של המדינה להגן על קניינם של המערערים, חלות על המדינה חובות נוספות, לרבות מתן מענה לצרכי בני השבט, ועל רשויות האכיפה לאזן בין החובות המוטלות עליה [...] לצד זכותם החשובה של המערערים לקניין, על המדינה לקחת בחשבון במסגרת סדרי העדיפויות לאכיפה גם את זכותם של בני השבט לכבוד, לתנאי קיום מינימלי, לחינוך וכיוצא באלו [...] הדברים נכונים במיוחד בהינתן העובדה שהם יושבים על הקרקע עשרות שנים ללא מחאה מצד המערערים, כך שנדרש איזון בין זכות הקניין של המערערים לבין זכויות שונות העומדות לבני השבט״ (שם, בפסקה 11 לפסק הדין).

§ 494 כללם של דברים, **גם בישראל מוכרים היטב המקרים של בנייה בלתי חוקית שנעשתה בעידוד המדינה ולעיתים על ידי המדינה עצמה, לרבות על גבי קרקע פרטית. במקום שיש טעמים אנושיים חזקים או התנהגות בלתי ראויה של המדינה, הנטייה הברורה היא לפעול להסדרתם של יישובים אלו.**

§ 495 ומה הדין באיו״ש? מהו אפוא מצבם של התושבים ב״הרחבות״ של היישובים הוותיקים באיו״ש, הרחבות שנעשו לפני שנים בתמיכת המדינה ובעידודה על גבי אדמות שאינן ״אדמות מוחזקות כדין״? נראה מייד כי באשר למבנים שהוקמו ללא מחאה לפני שנים רבות, משמעות הדברים היא שהסיכוי שיינתנו נגד מבנים אלו צווי הריסה ופינוי **אפסי**, ונראה כי יש **מניעה משפטית** מפני פינוי. עדיין, אין פירוש הדבר כלל ועיקר כי מדובר במבנים מוסדרים.

אי-פינוי מחמת שיהוי

§ 496 ראינו שביישובים הוותיקים באיו״ש שהוקמו על פי החלטות ממשלה וזכו לתמיכה **רשמית** מהמדינה, יש מקרים שבהם היישובים התרחבו מעבר לתחומן של ה״אדמות המוחזקות כדין״. התרחבות זו נעשתה לפני שנים רבות. ברוב המוחלט של המקרים שנתקלנו בהם מדובר במבנים שנבנו **לפני יותר מעשור**, ללא כל מחאה. במקרים רבים מדובר במבנים שנבנו לפני שנים רבות עוד יותר, לעיתים **עשרות שנים**. באופן טיפוסי, עבודות הפיתוח להקמתן של ״הרחבות חורגות״ אלו נעשו על ידי המדינה או בעידוד הרשויות. יש שהתכנון עצמו של הבנייה ב״הרחבות החורגות״ נעשה על ידי המדינה, ולפעמים גם הבנייה עצמה של ה״הרחבות החורגות״ נעשתה על ידי המדינה.

§ 497 לנוכח חלוף הזמן ולמראה התמיכה הממשלתית, כפי שנפרט להלן, משמעות הדברים מבחינה משפטית היא כי ההיתכנות לכך שמי מן התושבים המתגוררים ב״הרחבות החורגות״ הללו יפונה מביתו וכי הבית ייהרס **אפסית**, ונראה שיש **מניעה משפטית** מפני פינוי והריסה. ואכן, מעולם לא התקבלה עתירה הנוגעת להריסה ולפינוי של מי שמתגוררים בבתיהם באיו״ש שנים רבות וארוכות ללא מחאה. נעיין בפסיקה המנחה.[61]

§ 498 הפסיקה המנחה, שבמסגרתה ניתנו צווים להריסה של יישובים או שכונות ישראליים באיו״ש, עסקה בעיקרה **בחמישה** יישובים או שכונות כאלו: מגרון; עמונה; ״תשעת הבתים״ בעפרה; בתי האולפנה בבית

[61] למען שלמות התמונה נזכיר שבימים אלו תלויה ועומדת בבית המשפט העליון עתירה נגד שכונת **מצפה כרמים** ביישוב כוכב השחר (בג״ץ 953/11). נעיר כי בית המשפט העליון ציין כי ״קשה להתעלם מכך שהקרקע שבמחלוקת מעובדת [על ידי תושבי כוכב השחר] מזה 27 שנים״. המדינה הבהירה והעמידה דברים על דיוקם כי ״החלקות שבמחלוקת מצויות **בסמיכות** בלבד לחלקות שעובדו מזה שנים על-ידי תושבי כוכב השחר. לצד זאת, הזכירה המדינה כי כבר בסמוך לאחר חתימת הסכם המאחזים בשנת 1999 הועברו 17 מבנים יבילים לחלקות שבמחלוקת; כי בהמשך התווספו מבנים יבילים נוספים לחלקות אלה; וכי בניית מבני הקבע באחת מהחלקות שבמחלוקת החלה במחצית השנייה של שנת 2010״.

אל; בתי דריינוף בבית אל. כנגד שכונה נוספת – נתיב האבות – תלוי ועומד פסק דין חלוט נוסף להריסה. העיון בפסיקה מנחה זו מעלה כי בכל המקרים הללו דובר בעתירות שהוגשו באופן מיידי, בסמוך לתחילת הבנייה, **וללא שיהוי**. נעמוד על הדברים מקרוב.

§ 499 **מגרון** נהרסה בשנת 2012. מגרון הוקמה על קרקע פרטית מוסדרת. העתירה נגד היישוב הוגשה בשנת 2006 (בג"ץ 8887/06), במהלך ביצוע עבודות בינוי ביישוב. כמו כן בסמוך לאחר הקמת מגרון נקטו רשויות המנהל האזרחי הליכי אכיפה לפי חוק התכנון הירדני, ובכלל זה הוצאו מיידית צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה נגד הבנייה. כלומר, ההליכים המשפטיים נגד הקמתה של מגרון התנהלו **מיידית וללא כל שיהוי שהוא** על ידי מי שהיו בעלי זכויות במקרקעין.

§ 500 **עמונה** הוקמה על קרקע פרטית מוסדרת. בשנת 2000 גילו פקחי המנהל האזרחי עבודות להכשרת קרקע באזור, הוציאו מיידית צווי הפסקת עבודה והעבודות אכן הופסקו. בשנת 2004 גילו הפקחים כי העבודות חודשו, ושוב הוצאו מיידית צווי הפסקת עבודה. עתירות לבג"ץ הוגשו מיידית בסמוך לאחר מכן. לבסוף נהרסה עמונה על פי צו בית המשפט. בשנת 2006 נהרסו תשעה מבנים בעמונה. בשנת 2017 נהרס היישוב כולו (בג"ץ 851/06, בג"ץ 9949/08). שוב אנו רואים כי מדובר ביישוב שמראשית הקמתו התנהלו נגדו **מיידית וללא שיהוי** הליכים להריסה לפי דיני התכנון והבנייה, והוגשו עתירות לבג"ץ.

§ 501 **תשעת הבתים בעפרה** החלו להיבנות בשנת 2006 ובשנת 2007 על שטח של כ-12 דונם ביישוב עפרה. הם נבנו על קרקע פרטית מוסדרת. מייד כשהחלה הבנייה הוציא המנהל האזרחי נגד המבנים צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה. בסמוך לאחר מכן, בשנת 2008, הוגשה העתירה נגד הבנייה. הבתים אוכלסו בשנת 2008, בשעה שבקשה לצו ביניים נגד האכלוס הייתה תלויה ועומדת בפני בית המשפט העליון. הבתים פונו, על פי צו בית המשפט, בשנת 2017 (בג"ץ 5023/08). שוב אנו רואים שמדובר בפינוי שנעשה בעקבות עתירה שהוגשה באופן מיידי **וללא כל שיהוי שהוא**, והאכלוס נעשה **לאחר** הגשת העתירה.

§ 502 **שכונת האולפנה בבית אל** עניינה חמישה מבני קבע וחמישה מבנים יבילים שנבנו באתר המכונה "גבעת האולפנה" בבית אל על קרקע פרטית מוסדרת. בסמוך לאחר שהחלו הליכי הבנייה הוציא המנהל האזרחי צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה נגד הבנייה, ומייד לאחר מכן הוגשה העתירה לבג"ץ. בשנת 2008 הוציא בית המשפט העליון צו ביניים נגד המשך ביצוע הבנייה ונגד המשך אכלוס הבתים. המבנים נהרסו, על פי פסק דין של בית המשפט, בשנת 2012 (בג"ץ 9060/08). אם כן, הדפוס המשפטי אחיד, חוקי וקבוע: עתירות **שהוגשו ללא שיהוי**, בסמוך לאחר תחילת הליכי הבנייה, נגד בנייה בלתי חוקית, ובאופן מיידי נקטו הליכים מנהליים נגד הבנייה.

§ 503 **בתי דריינוף** הם שני שלדים של מבנים שנבנו בחלקו המערבי של היישוב בית אל על קרקע פרטית מוסדרת בשטחו של צו תפיסה. עתירה נגד הבנייה הוגשה בשנת 2010, לאחר שנגד הבנייה הוצאו על ידי המנהל האזרחי צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה. העתירה התבררה בשעה שהמבנים היו בתהליכים של בנייה. המבנים פונו, על פי צו שיפוטי, בשנת 2015 (בג"ץ 9669/10). שוב, העתירה שהתקבלה הוגשה ללא שיהוי, במהלך הבנייה עצמה.

§ 504 **נתיב האבות** הוא שכונה של היישוב אלעזר שבגוש עציון. בשנת 2002 הוחל בהקמתה של השכונה על קרקע בלתי מוסדרת. בסמוך לאחר שהחלה הקמת השכונה הוצאו נגדה על ידי המנהל האזרחי צווי הפסקת עבודה וצווי הריסה. בשנת 2002 הגישו תושבים מוגנים, שטענו לזכויות בקרקע, את העתירה הראשונה נגד הקמת בתי השכונה, ולמעשה מראשית הקמתה של השכונה כל העת הוגשו בעניין הקמתה, ללא כל שיהוי, כמה עתירות לבית המשפט. כיום תלוי ועומד נגד בתי השכונה צו שיפוטי חלוט להריסה, וחלקם כבר נהרסו (בג"ץ 5083/02, בג"ץ 8255/08, בג"ץ 7292/14).

§ 505 **כללם של דברים**, המצב המשפטי בענייננו הוא כדלקמן: מבנים שהעתירות נגד בנייתם הוגשו **ללא שיהוי** – העתירות בעניינם התקבלו. לעומת זאת מבנים שהוקמו לפני שנים רבות, ללא כל מחאה, עתירות

נגד הקמתם – אם תוגשנה – צפויות להידחות מחמת **שיהוי**. ואכן, מעולם לא התקבלה עתירה נגד מבנים שהוקמו בהתיישבות הישראלית באיו״ש לפני שנים רבות וללא כל מחאה.

506 § עוד על משמעותו של השיהוי, ראו בהרחבה בג״ץ 281/11 **ראש מועצת בית אכסא נ' שר הביטחון**, פורסם **בנבו** (2011), והאסמכתאות הרבות המובאות שם. בבג״ץ 281/11 הנ״ל דחה בית המשפט העליון עתירה נגד הפקעת מקרקעין באיו״ש, הפקעה שנועדה לצורך מסילת הרכבת החדשה המתוכננת בין תל אביב לירושלים. העתירה נדחתה מחמת השיהוי, ובית המשפט העליון עומד שם בהרחבה על עיקריה של דוקטרינת השיהוי. ואלו עיקרי הדברים:

״פרט המבקש להביא את טענותיו לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק, צריך להגיש עתירה בעניין ללא שיהוי. הוגשה העתירה באיחור – עשוי בית המשפט לדחותה על הסף אם מצא כי הדבר גרם נזק או הביא לשינוי במערך האינטרסים של היחיד או של הכלל [...]
נהוג לפרק את השיהוי לשלושה יסודות: שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי ומידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק. בחינת השיהוי הסובייקטיבי – הוא ההיבט הראייתי של השיהוי – מתמקדת בהתנהגות העותר בפועל. השאלה הנשאלת היא אם יש באיחור הניכר בהגשת העתירה כדי ליצור חזקה ראייתית לוויתור מצד העותר על זכותו לפנות לערכאות [...] לעומת השיהוי הסובייקטיבי, מתמקדת בחינתו של השיהוי האובייקטיבי באפשרות הפגיעה באינטרסים של הרשות המינהלית ושל צדדים שלישיים הנוגעים בדבר כתוצאה מהתערבות שיפוטית, שעה שחלף פרק זמן ניכר ממועד קבלת ההחלטה המינהלית, וכן בשינוי שחל במצב בשטח. אם שני יסודותיו של הראשוניים של השיהוי התקיימו, יש להעמיד כנגדם את מידת הפגיעה הנטענת בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי בשל דחיית העתירה בגין שיהוי. יסוד זה נותן ביטוי, בין היתר לעיקרון שלפיו בית המשפט לא ייתן ידו לפגיעה קשה בשלטון החוק, אפילו הוגשה העתירה בשיהוי שפגע באינטרסים מוגנים״ (שם, בפסקה 12, 14 לפסק הדין).

507 § הוא הדין בעניין ה״הרחבות החורגות״: מדובר במבנים שהוקמו לפני זמן רב מאוד, ללא כל מחאה, ואגב שינוי ניכר והסתמכות כבדת משקל של צדדים שלישיים. כלומר, באשר ל״הרחבות החורגות״ התקיימו הן שיהוי **סובייקטיבי** והן שיהוי **אובייקטיבי**. אשר להגנה על שלטון החוק, ראו דברי בית המשפט העליון בבג״ץ 281/11 הנ״ל, אשר חלים אף בנוגע ל״הרחבות החורגות״. בית המשפט העליון ראה לדחות את העתירה שם מחמת השיהוי, חרף הטענה האפשרית לפגיעה בשלטון החוק:

״אפילו היינו מניחים לצורך הדיון כי פעולת הרכבת אינה עולה בקנה אחד עם הדין החל באזור במלוא היבטיו, הרי שבנסיבות העניין, הפגיעה בשלטון החוק אינה בעוצמה העולה על הנזק שייגרם לאינטרסים של הרכבת, של צדדים שלישיים וכן לאינטרס הציבורי אם תתקבל העתירה חרף הגשתה בשיהוי״ (שם, בפסקה 28 לפסק הדין).

508 § על כן, כאמור, הסיכוי שהמבנים המדוברים ייהרסו בחלוף שנים כה רבות אפסי, ונראה שיש **מניעה משפטית** מפני פינוי והריסה, בשל השיהוי שידבק בכל עתירה, שתוגש – אם תוגש – בנוגע למבנים אלו.

509 § עם זאת נדגיש: אי-פינוי המבנים, שנבנו לפני שנים רבות ללא כל מחאה, מחמת השיהוי, **אין** פירושו שהמבנים מוסדרים. המחשה חדה וברורה לכך אפשר לראות במקרה של החייל יהודה הישראלי.

החייל יהודה הישראלי

510 § יהודה הישראלי הוא חייל צה״ל שנפגע אנושות במבצע ״צוק איתן״. בקיץ 2016 לערך הובהר כי לצורך שיקומו של החייל יש לערוך שיפוצים מקיפים בבית הוריו, שאליו התעתד החייל לשוב. בית הוריו של החייל נמצא באחת **ההתרחבויות** של היישוב עפרה. הבית נבנה בהתרחבות האמורה לפני שנים רבות מאוד, על פי תכנון שביצעה מדינת ישראל ובהסתייעות בעבודות פיתוח שביצעה המדינה במקום. אלא שהבירור העלה כי הבית מצוי מחוץ ל״תחום האדמות המוחזקות כדין״.

511 § מעולם לא הוגשה עתירה נגד בניית בית ההורים (שנעשתה לפני שנים רבות), וברי כי לו הייתה מוגשת עתירה – היא הייתה נדחית מחמת שיהוי כבד.

512 § מאחר שהבית אינו מוסדר (שכן הוא נמצא מחוץ לתחום ״האדמות המוחזקות כדין״), סירב משרד הביטחון לשאת בעלויות מימון השיפוץ של בית ההורים. אילו היה הבית מוסדר, היה משרד הביטחון נושא בעלויות השיפוץ. לבסוף התנדב הציבור לשאת בעלויות השיפוץ במיזם גיוס כספים המוני מהציבור באתר headstart.[62]

513 § סיכומו של דבר, המצב המשפטי בעניין המבנים שנבנו לפני שנים רבות ללא מחאה ב״הרחבות״ של היישובים הוותיקים באיו״ש, הרחבות החורגות מתחום ה״אדמות המוכרזות כדין״, הוא זה:

(א) **אי-פינוי** – הסיכוי שהמבנים הוותיקים יפונו אפסי, ונראה שיש **מניעה משפטית** מפני פינוי, בשל השיהוי שיהיה כרוך בכל עתירה שתוגש בעניינם (אם תוגש).

(ב) **היעדר הסדרה** – אי-פינוי המבנים אין משמעו הסדרה כלל ועיקר, כפי שיוכיח המקרה של החייל יהודה הישראלי, שנמנע ממנו המימון הממשלתי הנחוץ לצורך שיפוץ ביתו.

514 § האם יש היתכנות להסדרה מקיפה יותר של מבנים ותיקים אלו? שאלה כבדה זו נותיר לאלו שיבואו אחרינו. המלצותינו בהקשר זה מצטמצמות להקשרים האלה:

(א) הסדרה **מוניציפלית** של ה״הרחבות החורגות״ – בכך נדון בפרק 6.6.

(ב) הסדרה **קניינית ותכנונית** באמצעות איחוד וחלוקה – אפשרות זו נותיר פתוחה לדיון עתידי, ונציגה בפרק 6.7.

[62] ראו https://www.headstart.co.il/project.aspx?id=19329.

§ 515 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) באיו"ש כמו בישראל הייתה בזמנו "אווירה" שהביאה להקמת יישובים ושכונות **לפני** שהסתיימו ההליכים התכנוניים שנגעו להקמתם, והכול בברכת רשויות המדינה. **יש לקוות שכיום הדברים מתנהלים אחרת.**

(ב) בישראל בחלוף השנים נעשה מאמץ להביא להסדרתם של יישובים ושכונות אלו, ועל פי רוב הדברים צלחו.

(ג) לעומת זאת באיו"ש, במקום שהתברר שהבנייה נעשתה שלא בגדרן של "אדמות מוחזקות כדין", נוצר קושי בהסדרת הבנייה, בשל הקישור – הייחודי לאיו"ש – בין הבעלות במקרקעין לבין היכולת להביא להסדרתם של המבנים.

(ד) כך נוצר באיו"ש אב-טיפוס (ג): מדובר ביישוב ישראלי שהוקם לפני שנים רבות על פי החלטת ממשלה כדין (לא מדובר במה שזכה לכינוי "מאחז"). ברבות השנים התרחב היישוב, וההרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר שההרחבות חרגו מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

(ה) המבנים הבנויים על "הרחבות חורגות" אלו נבנו באופן טיפוסי לפני שנים רבות. על פי רוב, מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהרחבות שנבנו לפני עשרות שנים, והכול בתמיכת המדינה.

(ו) מבחינה משפטית, מצבם של המבנים ב"הרחבות החורגות" הללו מורכב.

(ז) מן הצד האחד, הסיכוי שיוצאו צווי פינוי נגד מי שמתגוררים במבנים הללו **אפסי**, ונראה שיש **מניעה משפטית** מפני פינוי והריסה. אם תוגשנה עתירות נגד המבנים הללו, הן צפויות להידחות מחמת **שיהוי**.

(ח) מן הצד השני, **אי-פינוי מחמת שיהוי אין פירושו הסדרה כלל ועיקר.** המקרה של החייל יהודה הישראלי הוא דוגמה מובהקת לכך. משרד הביטחון סירב לממן את השיפוץ שנדרש בבית הוריו של החייל כדי לאפשר את שיקומו של החייל, אך ורק משום שהבית – שנבנה לפני שנים רבות מאוד – אינו מוסדר.

(ט) מה דינן של "הרחבות חורגות" אלו מבחינה הסדרתית? סוגיה מורכבת זו נותיר לאלו שיבואו אחרינו. אנו נמליץ בעניין זה המלצות חלקיות ומוגבלות ביותר.

פרק 6.6: אב-טיפוס (ג) – הסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות"

516 § המצב שנוצר ב״הרחבות החורגות״ הוא שמתגוררים בהן תושבים במשך פרקי זמן ממושכים ביותר, אך התושבים אינם נמצאים על ״אדמות מוחזקות כדין״. מצב זה יכול להיווצר הן במועצות האזוריות הן במועצות המקומיות באיו״ש.

517 § המפקד הצבאי נדרש למצב זה במועצות המקומיות, והוא יצר את האיזון הזה: המפקד הצבאי הקפיד שלא לכלול את ה״הרחבות החורגות״ בתחום השיפוט של המועצה המקומית, בהתאם למדיניות שלפיה תחום שיפוט של מועצה כולל אך ורק ״אדמות מוחזקות כדין״ (על מדיניות זו, ראו פרק 4.5 לעיל). בה בעת היה המפקד הצבאי מודע לחובה המוטלת עליו – לרבות לפי המשפט הבינלאומי – לפעול למתן שירותים מוניציפליים לתושבים המתגוררים באיו״ש.

518 § על כן קבע המפקד הצבאי כי למועצה מקומית נתונה סמכות ליתן שירותים מוניציפליים לא רק בתחומה אלא גם ל״בני אדם שבשטח המצוי **בסמוך** לתיחומה״, ובלבד שהמפקד הצבאי החליט על כך ופרסם הודעה מתאימה בעניין: סעיף 2א לצו המועצות המקומיות, כפי שתוקן בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (תיקון מס׳ 4) (יהודה והשומרון) (צו מס׳ 1453), התשנ״ז–1997 (להלן – צו 1453). הינה כי כן, צו 1453 מאפשר הענקת סמכויות מוניציפליות באשר ל**אנשים**, במובחן מסמכויות מוניציפליות הניתנות באשר ל**תחום יישוב גאוגרפי**.

519 § המשמעות של הדברים היא זו: תושבים ישראלים המתגוררים מחוץ לשטחה של מועצה מקומית אך **בסמוך** לו יקבלו שירותים מוניציפליים מהמועצה המקומית, וכן יחול עליהם תקנון המועצות המקומיות ויראו אותם ״כתושבי המועצה המקומית לכל דבר ועניין״ (סעיף 2א(ב) לצו המועצות המקומיות), הכול בכפוף להודעה מתאימה שיוציא המפקד הצבאי.[63]

520 § כלומר, המפקד הצבאי פעל להסדרה המוניציפלית של ה״הרחבות החורגות״ הסמוכות למועצות **המקומיות**.

521 § מטעמים היסטוריים, נקט המפקד הצבאי דרך זו באשר למועצות **מקומיות**. נראה כי מן הנכון לנקוט דרך מאוזנת זו גם באשר ליישובים שבמועצות **האזוריות**, שכן אין כל הבדל בהקשר זה בין מועצה מקומית לבין יישוב במועצה אזורית. זכות התושבים לקבל שירותים מוניציפליים וחובת המפקד הצבאי לפעול למתן שירותים מוניציפליים היא אחת, בין שבמועצות מקומיות ובין שבמועצות אזוריות.

522 § **על כן המלצתנו היא שהמפקד הצבאי ישלים את מלאכתו ויתקין צו דומה לצו 1453 הנ״ל באשר ליישובים שבמועצות *האזוריות*.**

523 § המלצה זו תביא לידי הסדרה **מוניציפלית** של ה״הרחבות החורגות״ ביישובים שבמועצות האזוריות. עם זאת **אין בה משום הסדרה קניינית ותכנונית של ״ההרחבות החורגות״**.

---

[63] עוד על צו 1453, ראו ב- § 356 - § 357 לעיל.

§ 524 נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) באיו״ש נוצר לפני שנים רבות מצב שבו התרחבו יישובים שהוקמו לפי החלטות ממשלה כדין, וההרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר כי ההרחבות הללו חרגו מתחום ה״אדמות המוחזקות כדין״.

(ב) המבנים הבנויים על ״הרחבות חורגות״ אלו נבנו, באופן טיפוסי, לפני שנים רבות. על פי רוב מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהרחבות שנבנו לפני עשרות שנים.

(ג) בנסיבות שנוצרו פעל המפקד הצבאי להסדרה מוניציפלית מאוזנת באשר לתושבים המתגוררים ב״הרחבות החורגות״ במועצות **המקומיות**. המפקד הצבאי קבע כי התושבים ב״הרחבות החורגות״, שאינן נכללות בתחום השיפוט של המועצה המקומית, יזכו לקבל שירותים מוניציפליים מהמועצות המקומיות הסמוכות להן.

(ד) **המלצתנו היא להחיל דין מוניציפלי דומה באשר ליישובים שבמועצות האזוריות**. אין כל הבדל בהקשר זה בין מועצה מקומית לבין יישוב במועצה אזורית. הזכות של התושבים לקבל שירותים מוניציפליים וחובת המפקד הצבאי לפעול למתן שירותים מוניציפליים היא אחת, בין שבמועצות מקומיות ובין שבמועצות אזוריות.

(ה) **המלצה זו תביא לידי הסדרה מוניציפלית של ה״הרחבות החורגות״ ביישובים שבמועצות האזוריות, ועם זאת אין בה משום הסדרה קניינית ותכנונית של ״ההרחבות החורגות״.**

פרק 6.7: אב-טיפוס (ג) – הצגת הנושא של איחוד וחלוקה כפתרון קנייני ותכנוני – שאלה פתוחה

§ 525 השאלה אם אפשר להביא לידי הסדרה קניינית ותכנונית מלאה או חלקית של ה״הרחבות החורגות״ היא שאלה מורכבת וכבדת משקל, ונותיר אותה לאלו שיבואו אחרינו.

§ 526 עם זאת ראינו חובה לעצמנו לעדכן על הצעה לפתרון מסוים שהועלתה ונותרה בצריך עיון, והיא ההצעה הנוגעת ל״איחוד וחלוקה״. נפרט.

§ 527 כפי שראינו במבוא לדו״ח זה,[64] עבודתנו היא המשך לעבודת הצוות שהקים ראש הממשלה ביום 19.7.2015, צוות אשר בראשו עמד בזמנו ד״ר אביחי מנדלבליט, מזכיר הממשלה דאז והיועץ המשפטי לממשלה היום.

§ 528 במסגרת עבודתו של הצוות הקודם הוכנה חוות דעת מפורטת ומעמיקה ביותר באשר למתווה של ״איחוד וחלוקה״ באיו״ש כפתרון הסדרתי קנייני ותכנוני אפשרי. מצ״ב חוות דעתו המפורטת של עו״ד

---

[64] ראו 1 § לעיל.

אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, בעניין "איחוד וחלוקה" באיו"ש. **חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי מצויה בנספח ה לדו"ח זה.**

§ 529 חוות הדעת מציעה, בתמצית, להשתמש במתווה של "איחוד וחלוקה" כדי להביא לידי הסדרה במקרים מתאימים באיו"ש. "איחוד וחלוקה" הוא הליך תכנוני שקיים בחוק התכנון הירדני, בדומה להליך הקיים בחוק התכנון והבנייה הישראלי (על הדמיון בין חוק התכנון הירדני לחוק התכנון והבנייה הישראלי, ראו ב- 255 § - 261 § לעיל).

§ 530 מבחינה **תכנונית**, הליך של איחוד וחלוקה מאפשר להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתוכנית חדשה. במסגרת הליך ה"איחוד והחלוקה" תחילה **מאוחדת** הקרקע באזור מסוים לכדי יחידה קניינית אחת (זהו שלב ה"איחוד"). בהמשך **מחולקת** הקרקע מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים, וצורת המגרשים החדשים ומקומם מותאמים לתכנון החדש.

§ 531 הפסיקה קבעה כי הליך של "איחוד וחלוקה" **אינו בבחינת הפקעה** אם במסגרת ההליך **לא** נכללה נטילה לצורכי ציבור (ע"א 455/06 **חלקה 21 בגוש 6539 נ' עיריית הרצליה**, פורסם **בנבו** (2009), בפסקה 20 לפסק דינו של השופט דנציגר. נעיר כי כב' השופט דנציגר היה במיעוט מבחינת תוצאת פסק הדין, אך נראה כי דבריו בעניין זה, הנסמכים על פסיקה קודמת, לא היו שנויים במחלוקת). הדברים נכונים גם אם יש בהליך ממד של כפייה (כאשר הוא נעשה ללא הסכמת בעלי החלקות).

§ 532 לנוכח פסיקה זו מובעת בחוות הדעת **נספח ה** העמדה שלפיה אין מניעה, במקרים מתאימים, להשתמש במתווה של "איחוד וחלוקה" כדי להביא לידי הסדרה קניינית ותכנונית של יישובים ושכונות ישראליים באיו"ש.

§ 533 חוות הדעת **נספח ה** התקבלה בזמנו על דעתו של מזכיר הממשלה דאז והיועץ המשפטי לממשלה היום ד"ר אביחי מנדלבליט.

§ 534 חוות הדעת **נספח ה** הובאה לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה הקודם מר יהודה וינשטיין, בנוגע לשכונת נתיב האבות ביישוב אלעזר. מר וינשטיין סבר כי אין מקום לקבל את חוות הדעת באופן קונקרטי באשר לשכונת נתיב האבות. נראה שבבסיס עמדה זו עמדה הגישה שלפיה ההיתכנות התכנונית של המתווה באשר לשכונת נתיב האבות היא מוקשית. על כל פנים, מר וינשטיין לא נדרש לחוות את עמדתו באשר להיתכנות המתווה של "איחוד וחלוקה" בהקשרים אחרים ובנוגע ליישובים אחרים ולשכונות אחרות. במובן זה נותרה השאלה פתוחה.

§ 535 עם זאת בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין נתיב האבות (בג"ץ 7292/14), ראה לנכון בית המשפט העליון להעיר באמרת אגב את ההערה שלהלן באשר להחלת המתווה של "איחוד וחלוקה" באיו"ש:

> *"אעיר, מבלי לקבוע מסמרות, כי איחוד וחלוקה המשנה את מערך הזכויות הקנייניות בקרקע עשוי לעורר קושי כאשר מדובר בקרקע פרטית בבעלות פלסטינית באזור (לעניין הפגיעה האפשרית בזכויות קניין כתוצאה מאיחוד וחלוקה ראו: עע"ם 5839/06* ***בראון נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז****, פסקה 13 (25.9.2008); והשוו לע"א 455/06* ***חלקה 21 בגוש 6539 בע"מ נ' עיריית הרצליה****, פסקה 20 (11.6.2009) ולבג"ץ 407/83* ***ברוקר נ' עיריית חולון****, פ"ד לח(1) 829, 832 (1984); כן ראו: דנה וזינגר, בעמוד 1113; לעניין חובת המפקד הצבאי להגן על התושבים המוגנים באזור ראו: בג"ץ 9593/04* ***ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון*** *(26.6.2006); עניין* ***עבדאלקאדר****"* (שם, בפסקה 32).

§ 536 שאלה נכבדה היא מה משמעותם של דברים אלו, שאמר באמרת אגב בית המשפט העליון.

537 § שאלה נכבדה נוספת היא כיצד משפיעה על שאלה זו פסיקתו המאוחרת של בית המשפט העליון בעניין **זיאדה** (בג"ץ 794/17). בפסק דין **זיאדה** קבע בית המשפט העליון, מתוך התבססות על פסיקה קודמת, כי "המפקד הצבאי מחויב לפעול גם לרווחתם של תושבי האזור הישראלים [...] על פי הדין הבינלאומי, כפי שפורש בפסיקותיו של בית משפט זה, זהו שיקול שבסמכות המפקד הצבאי לשקול" (פסקה 27 לפסק הדין). עוד נקבע בפסק דין **זיאדה** כי המפקד הצבאי **מוסמך** לפגוע בקניינם של בעלי חלקות מקרקעין (שהם תושבים מוגנים) במקום שהפגיעה נעשית לטובת המתיישבים הישראלים. כדברי בית המשפט: "נכון אני לקבל את טענותיה של המדינה ולקבוע כי הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות בחלקות נעשתה בסמכות על פי הדין הבינלאומי" (פסקה 33 לפסק הדין). זאת, בכפוף לעמידה בדרישות של מידתיות וסבירות. עוד על פסק דין **זיאדה**, ראו דיוננו ב- 118 § - 120 § לעיל.

538 § שאלות נכבדות אלו נותיר, כאמור, לאלו שיבואו אחרינו. אנו ראינו חובה לעצמנו להציגן בלי להכריע בהן.

539 § עוד נותיר לאלו שיבואו אחרינו לבחון את האפשרות שהובאה בפנינו לאחרונה להסדרה קניינית ותכנונית של ה"הרחבות החורגות" הללו בהתבסס על חוק ההפקעה הירדני. לא היה סיפק בידינו להידרש לאפשרות זו, ולכן ראינו לנכון להציגה בתמצית.

540 § המתווה העקרוני לאפשרות זו, כפי שהובאה בפנינו, הוא המתווה הזה:

(א) **סמכות הפקעה לפי חוק ההפקעה הירדני**. כפי שראינו ב- 118 § - 120 § לעיל, לאחר פסק דינו של בית-המשפט העליון בעניין **זיאדה** (בג"ץ 794/17) ולנוכח סקירת הפסיקה המקיפה הקודמת שנכללה שם, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי המפקד הצבאי רשאי להפקיע מקרקעין בהתאם לחוק ההפקעה הירדני, לצורך ההתיישבות הישראלית במקום שהדבר עומד בדרישות של סבירות ומידתיות.

(ב) **היישום**. היועץ המשפטי לממשלה ראה לנכון ליישם את הדברים בעניין דרך גישה לשכונה ישראלית במקום שההפקעה עמדה בדרישת הסבירות והמידתיות.

(ג) **הטענה**. הטענה היא כי יש מקום ליישם מתווה זה גם ב"הרחבות החורגות", ובלבד שהדברים יעמדו בדרישת המידתיות והסבירות. כלומר, לפי טענה זו, יהיה מקום לבחינה של המבנים שנבנו ב"הרחבות החורגות". כל אימת שתתקיים דרישת תום הלב בנוגע לתושב הישראלי המתגורר במבנים שב"הרחבות החורגות", והמבנה – שהוקם בשיהוי – הוא כזה שממילא קיימת מניעה משפטית מלפנותו ולהורסו, הפתרון המידתי והסביר למצב שנוצר הוא בשימוש בחוק ההפקעה הירדני, כך שהקרקע תופקע ויינתן פיצוי ראוי לבעליה.

541 § לא היה סיפק בידינו להידרש למתווה האמור, ואנו מותירים אותו לאלו שיבואו אחרינו.

פרק 6.7 סיכום ביניים: אב-טיפוס (ג) – איחוד וחלוקה – הסדרה קניינית ותכנונית

542 § נסכם את דברינו עד כה בנוגע לסוג השלישי של המקרים שהתבקשה הסדרתם, והוא הסוג שעניינו התרחבות של שכונה או יישוב קיימים:

(א) הובאה לפנינו ההצעה להביא לידי הסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות ההליך של "איחוד וחלוקה". חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, המפרטת את הסוגיה, מצויה **בנספח ה** לדו"ח זה.

(ב) "איחוד וחלוקה" הוא הליך תכנוני שמאפשר להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתוכנית חדשה. במסגרת הליך ה"איחוד והחלוקה", תחילה מאוחדת הקרקע באזור מסוים לכדי יחידה קניינית אחת, ובהמשך היא מחולקת מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים. צורת המגרשים החדשים ומקומם מותאמים לתכנון החדש.

(ג) הפסיקה קבעה כי הליך של "איחוד וחלוקה", גם אם יש בו ממד של כפייה, אינו בבחינת הפקעה אם במסגרת ההליך לא נכללה נטילה לצורכי ציבור.

(ד) השאלה אם הליך של "איחוד וחלוקה" יכול לשמש להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית הועלתה אגב אורחא בפסיקה, ונותרה ללא הכרעה.

(ה) אנו מתירים שאלה זו פתוחה לאלו שיבואו אחרינו, אך ראינו חובה לעצמנו להציגה.

(ו) שאלה נוספת שאנו מותירים פתוחה משום שלא היה סיפק בידינו להידרש לה היא האפשרות להסתייע בחוק ההפקעה הירדני ובכך להביא להסדרה קניינית ותכנונית של "ההרחבות החורגות".

פרק 6.8: סיכום הפרק השישי – בעיות והמלצות

543 § כדי שיישוב או שכונה ישראליים באיו"ש יהיו מוסדרים כדין, נדרש שהם יעמדו בארבעה תנאים: התנאי הקנייני (הפרק השני לדו"ח זה); התנאי התכנוני (הפרק השלישי לדו"ח זה); התנאי המוניציפלי (הפרק הרביעי לדו"ח זה); התנאי של אישור הדרג המדיני (הפרק החמישי לדו"ח זה).

544 § אפשר למפות את הקשיים בתחום ההסדרה המתעוררים בנוגע ליישובים ולשכונות הקיימים כיום באיו"ש, ולחלקם לשלושה טיפוסים של מקרים:

אב-טיפוס (א) – **עניינו פגמים שהתגלו בדיעבד** כתוצאה מעבודת צוות "קו כחול".

אב-טיפוס (ב) – **עניינו מצב של יישובים ושכונות שהם בבחינת "איים תלויים"**, כלומר היישוב או השכונה נמצאים על גבי "אדמות המוחזקות כדין", אך יכול שיהיה קושי בהסדרה של ההיבטים התכנוניים או בהסדרת דרך הגישה למקום.

אב-טיפוס (ג) – **עניינו התרחבות של יישוב או שכונה**, וההרחבה חורגת מ"תחום האדמות המוכרזות כדין".

§ 545 באשר ל**אב-טיפוס (א)**, שעניינו **פגמים שהתגלו בדיעבד**, המלצותינו הן:

ראשית, בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש להסתייע ב"תקנת השוק", הקבועה בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. "תקנת השוק" משמעה שעסקאות שבוצעו בתום לב עם הממונה לא תיפסלנה ותעמודנה בתוקפן גם אם יתברר בדיעבד שהנכס אינו רכוש ממשלתי. חוות דעתו של ד"ר ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, בעניין פרשנות סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מצויה **בנספח ג'** לדו"ח זה.

שנית, יש לפעול בהתאם להנחייתו של מר מייק בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לשעבר. בהתאם להנחיה זו, צוות "קו כחול" ידייק את גבולותיהן של ההכרזות על "אדמות מדינה" רק במקום שהבחינה אינה כוללת את המתחם המתוכנן של תוכניות תקפות אשר על פיהן נבנו בתים.

כך הודיעה המדינה לבית המשפט העליון.

§ 546 באשר ל**אב-טיפוס (ב)**, שעניינו **"האיים התלויים"**, הסוגיה באה למעשה על פתרונה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ד"ר אביחי מנדלבליט, ולפיה למפקד הצבאי נתונה הסמכות להפקיע מקרקעין לפי חוק ההפקעה הירדני לצורך סלילת דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים, והכול בכפוף לדרישת המידתיות והסבירות.

§ 547 המלצותינו המשלימות באשר ל**אב-טיפוס (ב)** הן אלו:

ראשית, מבחינת תכנונית המלצתנו היא לפעול באיו"ש בהתאם לעיקרון התכנוני של "תכנון צמוד דופן", אך במתכונת **גמישה** המעניקה לרשויות התכנון את שיקול הדעת הרחב הנדרש והמתבקש. הודעה שהודיעה המדינה לבית המשפט העליון בעניין, יש בה כדי ללמד על מחויבותה של המדינה למתכונת התכנונית הגמישה האמורה. חוות דעתה המקיפה של גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, בשאלת תחולתו של עיקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש מצויה **בנספח ד** לדו"ח זה. כמו כן במקרים מתאימים המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

שנית, באשר לצורך להסדיר את דרך הגישה למקום: הסבנו את תשומת הלב לשני מקורות נוספים של "אדמות מדינה" היכולים לשמש דרך גישה ליישוב או לשכונה באיו"ש. המקור האחד הוא הקמת גשר או חציבת מנהרה בקרקע "מירי" (קרקע חקלאית), שכן בקרקע "מירי" תת-הקרקע וחלל הרום הם לעולם בבעלות המדינה. מקור אפשרי נוסף הוא המתרוכה. מתרוכה היא דרך, המשמשת מזה שנים רבות. דיני המקרקעין קובעים כי הבעלות במתרוכה נתונה למדינה.

§ 548 באשר ל**אב-טיפוס (ג)**, שעניינו **התרחבות של יישוב קיים**, החורגת מתחום ה"אדמות המוכרזות כדין": עמדנו על המורכבות של המצב המשפטי, בנוגע לאב-טיפוס זה של מקרים. המדובר במבנים, שהוקמו לפני שנים רבות, על-פי רוב לפני למעלה מעשור שנים, ולעתים לפני עשרות שנים, והכול בתמיכת רשויות המדינה. הסיכוי שיושביהם של מבנים אלו יפונו על-פי צו שיפוטי הוא אפסי, ונראה כי קיימת **מניעה משפטית** מפני פינוי והריסה. זאת, נוכח השיהוי הרב שידבק בכול עתירה שתוגש ביחס למבנים אלו (אם תוגש). אולם, אי-פינוי מחמת שיהוי **אין** פירושו הסדרה.

§ 549 ביחס לאב-טיפוס (ג), המלצתנו עסקה בהסדרה **מוניציפלית** בלבד של ה"הרחבות החורגות" הללו. לפי המלצה זו, תושבי המבנים הוותיקים האמורים יקבלו שירותים מוניציפליים מהיישובים אליהם הם סמוכים. המפקד הצבאי נהג כך ביחס למועצות **מקומיות**. המלצתנו היא ליילך באותה דרך גם ביחס לישובים שבמועצות **האזוריות**.

550 § לעניין ההיתכנות להסדרה **קניינית ותכנונית** של אב-טיפוס (ג): הותרנו שאלה זו לאלו שיבואו אחרינו. עם זאת, הצגנו את חוות דעתו המקיפה של עו״ד בן-ארי, במסגרת הועלתה האפשרות להסתייע בהליך של ״איחוד וחלוקה״ לצורך הסדרה אפשרית כזו. חוות דעתו של עו״ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, מצויה **בנספח ה** לדו״ח זה.

סיכום ותמצית ההמלצות

§ 551 נצטווינו על-ידי הדרג המדיני למצוא מתווה להסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש, שהוקמה בתמיכת הרשויות.

§ 552 פסענו בתלם שהתווה בית-המשפט העליון, לאמור: סוגיית ההתיישבות הישראלית באיו"ש היא סוגיה שאינה שפיטה, בהיותה סוגיה, השנויה במחלוקת ציבורית. עוד נקבע בפסיקה כי לרצונה, ומבלי להידרש לסוגיה השנויה במחלוקת האמורה, מדינת ישראל קיבלה על עצמה לפעול באיו"ש בהתאם לדינים ההומניטריים, הקבועים במשפט הבינלאומי ביחס לשטחים המוחזקים ב"תפיסה לוחמתית".

§ 553 את מסענו התחלנו בניסיון להתיר את הסבך, ולהציג את שלל הדינים המורכבים, הנוגעים להסדרת ההתיישבות הישראלית באיו"ש.

§ 554 עמדנו על כך שקיימים ארבעה תנאים, שצריכים להתקיים כדי שיישוב או שכונה באיו"ש יהיו מוסדרים כדין: התנאי הקנייני, התנאי התכנוני, התנאי המוניציפלי והתנאי שעניינו אישור הדרג המדיני.

§ 555 **התנאי הראשון** הוא החשוב ביותר, והוא התנאי **הקנייני**. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מהבחינה הקניינית נדרש שהיישוב ימצא על "אדמות מוחזקות כדין". "אדמות מוחזקות כדין" הן אדמות שהן בבעלות המדינה, או שהמדינה מחזיקה בהן כדין או שהן נרכשו כדין על-ידי אזרח ישראלי. לפירוט בעניין התנאי הקנייני, ראו **הפרק השני** לדו"ח זה.

§ 556 **התנאי השני** הוא התנאי **התכנוני**. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי באיו"ש יהיה מוסדר כדין מהבחינה התכנונית נדרש שהיישוב יהיה בנוי בהתאם לדיני התכנון והבנייה. בנייה בהתאם לדיני התכנון והבנייה פירושה, שהבנייה תואמת היתר בנייה, שהוצא מכוחה של תוכנית תקפה, תוכנית שאושרה על ידי מוסדות התכנון המוסמכים. לפירוט בעניין התנאי התכנוני, ראו **הפרק השלישי** לדו"ח זה.

§ 557 **התנאי השלישי** הוא התנאי **המוניציפלי**. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי יהיה מוסדר כדין מהבחינה המוניציפלית, היישוב יהיה מועצה מקומית או יישוב המשתייך למועצה אזורית מוכרת. לפירוט התנאי המוניציפלי, ראו **הפרק הרביעי** לדו"ח זה.

§ 558 **התנאי הרביעי** הוא התנאי שעניינו אישור **הדרג המדיני**. פירושו של תנאי זה הוא שכדי שיישוב ישראלי יהיה מוסדר כדין, נדרש שהיישוב יוקם על פי החלטת ממשלה. לפירוט התנאי הנוגע לאישור הדרג המדיני, ראו **הפרק החמישי** לדו"ח זה.

§ 559 משסיימנו את המסע והתרנו מקצתו של הסבך יכולנו להידרש למיפוי הקשיים שיכולים לעלות בניסיון להסדיר את היישובים והשכונות שהוקמו באיו"ש בתמיכת הרשויות.

§ 560 המיפוי העלה כי אפשר לאפיין את המקרים המעוררים קושי באמצעות **שלושה אבות-טיפוס**:

אב-טיפוס (א) – פגמים שהתגלו בדיעבד. לפירוט ראו פרק 6.2 לדו"ח זה.

אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים". לפירוט ראו פרק 6.3 לדו"ח זה.

אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב קיים. לפירוט ראו פרקים 6.4-6.7 לדו"ח זה.

נציג את תמצית המלצותינו לעניין הסדרת אבות-הטיפוס הנ"ל.

§ 561 באשר ל**אב-טיפוס (א)**, שעניינו **פגמים שהתגלו בדיעבד**, להלן תמצית המלצותינו:

אב-טיפוס (א) – פגמים שהתגלו בדיעבד – תמצית ההמלצות

(א) קבוצה נכבדה של מבנים באיו"ש הוקמה על מקרקעין שהוכרזו כדין "אדמות מדינה" לאחר בדיקה מקיפה ומעמיקה ביותר של הדברים בבדיקה שנערכה בעיקר בשנות ה-80 וה-90 של המאה שעברה.

(ב) צוות "קו כחול" הוקם בשנת 1999 כדי לדייק את גבולות ההכרזות הוותיקות על "אדמות מדינה" ולהתאימן למכשור הטכנולוגי הקיים היום.

(ג) בשנת 2011 הנחה היועץ המשפטי לממשלה דאז מר מלכיאל (מייק) בלס כי צוות "קו כחול" **לא** ידייק ולא יבדוק את גבולותיהן של הכרזות במקום שמדובר במתחם מתוכנן, שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים.

(ד) טעמה של ההנחיה ברור: תוכנית תקפה שפעלו על פיה והסתמכו עליה – ללא כל מחאה או טענה – יוצרת מניעות מלטעון טענות נוגדות.

(ה) ההנחיה הנ"ל **לא** חלחלה אל השטח. התוצאה הייתה שצוות "קו כחול" בדק גם מבנים ותיקים שהוקמו בהתאם לתוכניות תקפות ומאושרות. בעקבות זאת נוצר מצב של **מבנים שבעת שהוקמו הייתה העמדה שהם מוקמים כדין מן הבחינה הקניינית, אך בדיעבד – בחלוף שנים רבות – הם "נגרעו" על ידי צוות "קו כחול" מגדר המבנים שנחשבים מבנים שהוקמו כדין.**

(ו) לא תמיד החלטתו של צוות "קו כחול" פירושה בהכרח שמדובר בקרקעות פרטיות. אף על פי כן הקרקעות נגרעו מגדר ההכרזה על אדמות מדינה.

(ז) כך נוצר **אב-טיפוס (א)**: מבנים שבעת הקמתם העמדה המשפטית המחייבת הייתה כי הם מוקמים כדין מהבחינה הקניינית, אך בעקבות בדיקה של צוות "קו כחול" "נגרעו" המבנים מגדר ההכרזה על "אדמות מדינה", ונמצא כי התנאי הקנייני להסדרתם נשמט.

(ח) לעניין **אב-טיפוס (א)** והצורך בהסדרתם של מבנים ש"נגרעו" כאמור על-ידי צוות קו כחול, המלצתנו כפולה, **לעבר** ו**לעתיד**.

(ט) במבט **לעבר**: בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ההמלצה היא להסדיר את המבנים שנגרעו על-ידי צוות "קו כחול" ולהתבסס על סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 5 קובע "תקנת שוק" למי שביצע עסקאות בתום לב עם הממונה על הרכוש הממשלתי. **חוות דעת מפורטת של ד"ר חגי ויניצקי, חבר הצוות המקצועי, באשר לסעיף 5, מצויה בנספח ג לדו"ח זה.**

(י) ואכן, היועץ המשפטי לממשלה הודיע לבית המשפט העליון בבג"ץ 1308/17 כי מכוחו של סעיף 5 הנ"ל, מבנים ש"נגרעו" על-ידי צוות "קו כחול" והתקיימו בהם תנאי סעיף 5, לבעלי המבנים "תעמוד זכות ממורקת לכל דבר ועניין [...] והוא יוכל לנהוג בשטח המוקצה לו כפי שהיה רשאי לנהוג אלמלא התברר כי אין מדובר ברכוש ממשלתי".

(יא) במבט **לעתיד**: ההמלצה היא לנהוג בהתאם להנחייתו הנ"ל של מר בלס, ולפיה **לא ידייק** צוות "קו כחול" את גבולותיהן של הכרזות במתחם מתוכנן שהוקמו בו מבנים מכוחה של תוכנית תקפה שאושרה כדין על ידי המוסדות המוסמכים. המדינה הודיעה לבית המשפט העליון על מחויבותה להנחייתו הנ"ל של מר בלס (בג"ץ 2911/17).

562 § באשר ל**אב-טיפוס (ב)**, שעניינו **"איים תלויים"**, להלן תמצית המלצותינו:

אב-טיפוס (ב) – "איים תלויים" – תמצית ההמלצות

(א) באיו"ש קיימת מציאות ייחודית ולפיה היישובים והשכונות הישראליים בנויים באופן טיפוסי על גבי ההרים והגבעות, והעמקים המחברים ביניהם אינם מהווים חלק מההתיישבות הישראלית. מציאות ייחודית זו נובעת מהדין המהותי החל באיו"ש, ולפיו "אדמות מדינה" נמצאות בדרך כלל בראשי ההרים והגבעות, ואילו העמקים מעובדים בעיבודים חקלאיים פרטיים. כך נוצרת מציאות של "איים תלויים".

(ב) כדי להסדיר את ה"איים התלויים" נדרשת פעולה בשני היבטים עיקריים: האחד הוא ההיבט התכנוני, המכונה **"תכנון צמוד דופן"**. השני, ההיבט הקנייני, עניינו הסדרת **דרך גישה** ליישוב או לשכונה.

(ג) באשר להיבט התכנוני ולסוגיה של **"תכנון צמוד דופן"**: בישראל יש דרישה שתכנון יישובים או שכונות יהיה "צמוד דופן" לתוכניות קיימות, מכוחה של תמ"א 35. דרישה זו חלה אך ורק בשטח מדינת ישראל, שכן תמ"א 35 חלה רק בישראל.

(ד) החלה דוגמטית ונוקשה של עיקרון תכנוני-ישראלי זה באיו"ש הייתה עלולה להציב קושי מבחינת ההיתכנות להסדרה התכנונית של ה"איים התלויים", שכן ה"איים התלויים" לא תמיד יכולים לקיים את עקרון התכנון "צמוד הדופן": בעמקים הצמודים ל"איים" הללו יכול שתימצא קרקע פרטית של תושבים מוגנים. בהתאם למדיניות הנקוטה, קיימת הקפדה שלא לתכנן יישובים ישראליים על גבי קרקע פרטית זו.

(ה) המלצתנו בהקשר זה היא להחיל, מטעמים שבהיגיון, את עקרון התכנון "צמוד הדופן" גם באיו"ש, אך זאת בצורה **גמישה**, המאפשרת שקילה של כלל השיקולים הצריכים לעניין. המלצה זו נתמכת בחוות דעתה המפורטת של גב' בינת שוורץ-מילנר, ראש מנהל התכנון דאז וחברת הצוות המקצועי, המצויה **בנספח ד** לדו"ח זה. הודעת המדינה בבג"ץ 5300/13 מלמדת על מחויבותה של המדינה למתכונת **הגמישה** האמורה של עיקרון התכנון "צמוד הדופן" באיו"ש.

(ו) במקרים מתאימים המענה המתבקש להסדרתם התכנונית של ה"איים התלויים" יוכל לנבוע מהכרזה על יישוב חדש, אם הדרג המדיני יראה זאת לנכון.

(ז) באשר להיבט הקנייני ולסוגיה של **הסדרת דרכי הגישה**: עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שאפשר להפקיע מקרקעין בעבור דרך גישה ליישוב או לשכונה ישראליים, ובלבד שהדבר עומד בעקרונות של מידתיות וסבירות (הודעת היועץ בבג"ץ 1308/17). עמדה זו, הנסמכת על פסיקת בית המשפט העליון, יש בה כדי ליתן מענה לצורך בהסדרת דרכי הגישה ל"איים התלויים".

(ח) למען שלמות התמונה ראינו לנכון להסב את תשומת הלב לשתי אפשרויות משלימות שיש בהן כדי להביא לידי הסדרה של דרכי הגישה ליישובים ולשכונות הישראליים במקרים מתאימים, והכול בלי שתהיה בכך משום פגיעה בקניין הפרט.

(ט) **האפשרות האחת** היא **לחצוב מנהרה או לסלול גשר** שיביאו להסדרת דרך הגישה ליישוב או לשכונה הישראליים. דרך זו אפשרית מאחר שלפי דין הקרקעות המהותי החל באיו"ש, הבעלות בתת-הקרקע ובחלל הרום נותרת לעולם בידי המדינה (בקרקע מסוג "מירי", שהיא קרקע חקלאית, והיא נפוצה ביותר באיו"ש). חסרונה של מתכונת זו נעוץ בעלויותיה הגבוהות, לכן אפשר להשתמש בה מעשית, בעיקר בפרויקטים רבי היקף. **האפשרות השנייה** היא להשתמש ב"**מתרוכות**". "מתרוכות" הן דרכים, המשמשות ככאלו זה שנים רבות. לפי דין המקרקעין המהותי, הבעלות ב"מתרוכות" נתונה למדינה. על כן, אפשר להשתמש במתרוכות כבדרכים שימוסדו בתוכנית, והכול בלי לפגוע בקניין הפרטי. במקרים מתאימים, יכול שאפשרויות אלו תתאמנה להסדרה בין שכשלעצמן בין שבמשולב עם סמכות ההפקעה שקבע היועץ המשפטי לממשלה.

563 § באשר ל**אב-טיפוס (ג)**, שעניינו **מצב של התרחבות של יישוב או שכונה**, להלן תמצית המלצותינו:

אב-טיפוס (ג) – התרחבות של יישוב או שכונה – תמצית ההמלצות

(א) באיו"ש, כמו בישראל, הייתה בזמנו "אווירה" שהביאה לכך שיישובים ושכונות הוקמו **לפני** שהסתיימו ההליכים התכנוניים שנגעו להקמתם, והכול בברכת רשויות המדינה. **יש לקוות שכיום הדברים מתנהלים אחרת.**

(ב) בישראל בחלוף השנים נעשה מאמץ להביא להסדרתם של יישובים ושכונות אלו, ועל פי רוב הדברים צלחו.

(ג) לעומת זאת באיו"ש, במקום שהתברר שהבנייה נעשתה שלא בגדרן של "אדמות מוחזקות כדין", נוצר קושי בהסדרת הבנייה, בשל הקישור – הייחודי לאיו"ש – בין הבעלות במקרקעין לבין היכולת להביא להסדרתם של המבנים.

(ד) כך נוצר באיו"ש אב-טיפוס (ג): מדובר ביישוב ישראלי שהוקם לפני שנים רבות על פי החלטת ממשלה כדין (לא מדובר במה שזכה לכינוי "מאחז"). ברבות השנים התרחב היישוב, וההרחבות התרחקו מגרעין היישוב המקורי. לעיתים התברר שההרחבות חרגו מתחום ה"אדמות המוחזקות כדין".

(ה) המבנים הבנויים על "הרחבות חורגות" אלו נבנו, באופן טיפוסי, לפני שנים רבות. על פי רוב מדובר במבנים שנבנו לפני יותר מעשור, ולעיתים מדובר בהרחבות שנבנו לפני עשרות שנים, ללא כל מחאה, והכול בתמיכת המדינה.

(ו) מבחינה משפטית, מצבם של המבנים ב"הרחבות החורגות" הללו מורכב. מן הצד האחד, הסיכוי שיוצאו צווי פינוי נגד מי שמתגוררים במבנים הללו **אפסי**, ונראה שיש **מניעה משפטית** מפני פינוי והריסה. אם תוגשנה עתירות נגד המבנים הללו, הן צפויות להידחות מחמת **שיהוי**. מן הצד השני, **אי-פינוי מחמת שיהוי אין פירושו הסדרה כלל ועיקר**. המקרה של החייל יהודה הישראלי הוא דוגמה מובהקת לכך. משרד הביטחון סירב לממן את השיפוץ שנדרש בבית ההורים כדי לאפשר את שיקומו של החייל, משום שהבית – שנבנה לפני שנים רבות מאוד – אינו מוסדר.

(ז) מה דינן של "הרחבות חורגות" אלו מבחינה הסדרתית? סוגיה מורכבת זו נותיר לאלו שיבואו אחרינו. המלצתנו בעניין זה היא המלצה חלקית ומוגבלת ביותר.

(ח) המלצתנו היא המלצה להסדרה **מוניציפלית** של ההרחבות החורגות. המפקד הצבאי כבר פעל להסדרה מוניציפלית במועצות **המקומיות**. המפקד הצבאי קבע כי התושבים ב"הרחבות החורגות", שאינן נכללות בתחום השיפוט של המועצה המקומית, יזכו לקבל שירותים מוניציפליים מהמועצות המקומיות הסמוכות להן.

(ט) **המלצתנו היא להחיל דין מוניציפלי דומה באשר ליישובים שבמועצות האזוריות.** אין כל הבדל בהקשר זה בין מועצה מקומית לבין יישוב במועצה אזורית. הזכות של התושבים לקבל שירותים מוניציפליים והחובה של המפקד הצבאי לפעול למתן שירותים מוניציפליים היא אחת, בין שבמועצות מקומיות ובין שבמועצות אזוריות.

(י) **המלצה זו תביא להסדרה מוניציפלית של ה"הרחבות החורגות" ביישובים שבמועצות האזוריות. עם זאת אין בה משום הסדרה קניינית ותכנונית של "ההרחבות החורגות".**

(יא) באשר להסדרה קניינית ותכנונית של ה"הרחבות החורגות": הובאה לפנינו ההצעה להביא להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית באיו"ש באמצעות ההליך של "איחוד

וחלוקה". חוות דעתו של עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון דאז וחבר הצוות המקצועי, המפרטת את הסוגיה, מצויה **בנספח ה** לדו"ח זה.

(יב) "איחוד וחלוקה" הוא הליך תכנוני, שמאפשר להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתוכנית חדשה. במסגרת הליך ה"איחוד והחלוקה" תחילה מאוחדת הקרקע באזור מסוים לכדי יחידה קניינית אחת, ובהמשך היא מחולקת מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים, וצורת המגרשים החדשים ומקומם מותאמים לתכנון החדש.

(יג) הפסיקה קבעה כי הליך של "איחוד וחלוקה", גם אם יש בו ממד של כפייה, אינו בבחינת הפקעה אם במסגרת ההליך לא נכללה נטילה לצורכי ציבור.

(יד) השאלה אם הליך של "איחוד וחלוקה" יכול לשמש להסדרה קניינית ותכנונית של מבנים בהתיישבות הישראלית הועלתה אגב אורחא בפסיקה, ונותרה ללא הכרעה.

(טו) אנו מתירים שאלה זו פתוחה לאלו שיבואו אחרינו, אך ראינו חובה לעצמנו להציגה.

§ 564 במקום סיום ראינו להביא מדברים שאמר לאחרונה כב' המשנה לנשיאה (בדימ') כב' השופט א' רובינשטיין, והסכימה עימו כב' הנשיאה א' חיות:

"המציאות המורכבת, זו שביסוד התיק וזו שבנסיבות הכלליות באיזור, מצדיקה גישה פרגמטית של שכל ישר, תחת [...] 'משפטית נטו' [...] אילו חיינו במציאות נורמלית, היו העותרים – במישור המעשי – מוכרים או מקבלים קרקע חלופית, מקום שהקרקע נמצאת בלב ישוב, ללא אפשרות שימוש ממשי מצדם; ואוסיף – בוודאי בחלוף זמן רב כל כך [...] אך [...] איננו מצויים במצב נורמלי. מתבקש איפוא, תוך שמירת הטיעון המשפטי, מבט רחב יותר – פרגמטי – לפתרון, תחת "ייקוב הדין'" (בג"ץ 5165/15 **קאסם נ' הממונה על מתן היתרים**, פורסם בנבו (2017)).

§ 565 תם ולא נשלם.

§ 566 **שלמי תודות** ליועץ המשפטי לממשלה **ד"ר אביחי מנדלבליט** ולצוותו; למתאם הפעולות בשטחים, **האלוף יואב (פולי) מרדכי** ולאנשיו; למשפטנים ולאנשי המקצוע המעולים של שירות המדינה, שסייעו, תרמו ופעלו כל העת במסירות אין קץ:

מר **קובי אלירז** ממשרד הביטחון ועו"ד **ערן בן-ארי – מזכיר הצוות**; המשפטן **אבי מאיר** ומר **שריה דמסקי** ממשרד החקלאות (עד לפרישתו של מר דמסקי); גב' **ענבר וייס** ממנהל התכנון (עד לפרישתה); עו"ד **אריאל שמואל** ממשרד ראש הממשלה; עו"ד **דוד עטר** ממשרד החוץ; עו"ד **ספיר דיין** ממשרדי הממונה.

תודה מיוחדת לעו"ד **עמיר פישר**, יועץ משרד המשפטים, ולאדריכל **שלמה מושקוביץ**, לשעבר (ובמשך שנים רבות) יו"ר מועצת התכנון העליונה באיו"ש.

§ 567 ולבסוף אנו שבים ומודים לגב' **בינת שוורץ-מילנר**, לשעבר ראש מנהל התכנון, ולעו"ד **אחז בן-ארי**, לשעבר היועץ המשפטי למערכת הביטחון, אשר שימשו חברי הצוות עד לפרישתם משירות המדינה. חוות הדעת המאלפות והמעמיקות שכתבו מצורפות כנספחים לדו"ח זה ומהוות חלק בלתי נפרד ממנו.

נספחים

נספח א: כתב מינוי

נספח ב: חוות דעת ד״ר חגי ויניצקי – דיני המחלול לפי חוק הקרקעות העות׳מאני

נספח ג: חוות דעת ד״ר חגי ויניצקי – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

נספח ד: חוות דעת גב׳ בינת שוורץ-מילנר – תכנון צמוד דופן

נספח ה: חוות דעת עו״ד אחז בן-ארי – איחוד וחלוקה באיו״ש

נספח א: כתב מינוי

ראש הממשלה

ירושלים, ה' באדר א' תשע"ו

15 פברואר 2016

לכבוד

עו"ד חיה זנדברג, משרד המשפטים

עו"ד אחז בן ארי, משרד הביטחון

עו"ד רונן פרץ, מזכירות הממשלה

הגב' בינת שוורץ, מנהל התכנון

ד"ר חגי וינצקי, נציג משרד החקלאות

הנדון: **צוות מקצועי לגיבוש מתווה להסדרת בנייה ביו"ש**

אני ממנה אתכם בזאת כצוות מקצועי לצורך גיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות בישובים יהודיים ביהודה ושומרון שהוקמו תוך מוערבות של הרשויות.

עו"ד חיה זנדברג תשמש כיו"ר הצוות, שעבודתו תהיה המשך לעבודת הצוות שהוקם על ידי בהתאם לכתב המינוי מיום 19 ליולי 2015.

הצוות יגיש את מסקנותיו לממשלה בהתאם לצורך והממשלה תפעל ליישומן, כאשר עובר לכך יובאו ההמלצות לבחינת היועץ המשפטי לממשלה.

בברכה,

בנימין נתניהו

העתקים:

איילת שקד, שרת המשפטים

משה יעלון, שר הביטחון

אורי אריאל, שר החקלאות

משה כחלון, שר האוצר

ד"ר אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה

ראו התייחסות ב- 1 § לדו"ח זה

נספח ב: חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – דיני המחלול לפי חוק הקרקעות העות'מאני

ראו ההתייחסות ב- 396 § - 397 § לדו״ח זה

הנדון: תקופת ההוברה

להלן התייחסותי ביחס להכרזה לאחר תקופת ההוברה.[65]

1. סעיף 68 לחוק הקרקעות העות׳מאני הקובע תקופת הוברה של שלוש שנים, בכפוף למספר חריגים[66], וכן בכפוף לזכותו של המוביר לרכוש את המקרקעין בתשלום דמי הטאבו, אינו מציין מהי התקופה שיש להמתין עד שיבוא המוביר ויבקש לממש את זכותו זו.[67] חוות הדעת של עו״ד פליאה אלבק, אינן קובעות דבר בעניין זה, שכן התייחסותה בכל מקרה לתקופה מסוימת היא לא בגדר קריטריון אלא בגדר התייחסותה לתקופת ההוברה שהתרחשה בפועל באותו מקרה.[68]

2. בעניין זה נטען שיש להקיש לדיני ההתיישנות העות׳מאניים ולהמתין עשר שנים מתחילת ההוברה. טענה זו נסמכת על חוות דעתו של פרופ׳ איל זמיר שהקיש בעניין זה לסעיף 20 לחוק הקרקעות העות׳מאני שעוסק בהתיישנות דיונית של מחזיק במקרקעין (עשר שנים): ״אם הוברה הקרקע למשך עשר שנים לפחות, רואים זאת כהתיישנות לטובת המדינה״.[69] ויש המקישים אף לסעיף 78 לחוק הקרקעות העות׳מאני שעוסק בהתיישנות רוכשת (עשר שנים), ולסעיף 1662 למג׳לה שעוסק בהתיישנות בעניין זכויות דרך במקרקעי ״מירי״ וזכויות מים (עשר שנים).

3. היקשים אלו עוסקים בענייני התיישנות כלליים במקרקעין. לדעתנו, קיימים היקשים קרובים יותר לנושא דנא. השאלה הנדונה כעת היא עד מתי יש להמתין לאדם שיבוא לממש את זכות הקדימה שלו ולשלם לרשויות את דמי הטאבו. הדינים העות׳מאניים מתייחסים בכמה מקרים קרובים בדיוק לשאלה זו.

4. סעיף 59 לחוק הקרקעות העות׳מאני עוסק במקרה בו מחזיק במקרקעי מירי שנפטר ולא הותיר יורשים לגבי המקרקעין. במקרה זה אם:

---

[65] חוות הדעת דנא היא תמצית חוות הדעת שהוגשה ליועץ המשפטי לממשלה בתאריך 10.7.17.

[66] החריגים המנויים בסעיף הם: הוברה לצורך חקלאי, שיטפון, נפילה בשבי.

[67] הפסיקה בישראל הסתמכה על סעיף זה פעמים מספר, ראו: ע״א 8117/14, **עבדאלוילי תופיק חוסין נ׳ מינהל מקרקעי ישראל** פס׳ 32 (2016); וראו ערר (איו״ש) 54/11, **יורשי המנוח עבדאללה אחמד סלום נ׳ הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו״ש** פס׳ 27 (2016): לאחר אזכור מס׳ אמירות אגב הנוגדות את דין ההוברה (אמירות אלו צוטטו מערר 9/06 – 14/06 **הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש נ׳ חברת אהוד קהתי 3000 בע״מ,** החלטות נבחרות של ועדות עררים באיו״ש ב׳ תשמ״ז–תש״ע 336 (2008), בסופו של דבר קבעה ועדת הערר: ״על פי ההלכה הנוהגת, בלא בסיס רישומי **כלשהו**, אין מקום לקבל טענה כי הוברת הקרקע איננה מאיינת זכויות בכוח (Potential) שנצמחו בעבר הרחוק מעיבוד חקלאי רצוף בן עשר שנים, גם אם הוכח עיבוד כראוי [...]״. וראו גם: ערר (איו״ש) 123/12 **מוחמד ג׳מיל אל ג׳עברי נ׳ הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו״ש** פס׳ 35 (2014). יתרה מכך, בספרם של פליאה אלבק ורן פליישר, **דיני מקרקעין בישראל** (2005), הם מבחינים בין אדמות שהוקצו בשטר טאבו והוברו לבין אלו שלא הוקצו בשטר טאבו והוברו. לגבי האחרונים נקבע ״שהמדינה רשאית לקחתן חזרה אם הופסק העבוד בהן למעלה משלוש שנים״, שם בעמ׳ 66.

[68] ראו חוות דעתה בעניין ״נגוהות״, בעניין מרחב ״שילה-קציף״ ובעניין ״עלי״.

[69] איל זמיר, **אדמות המדינה ביהודה ושומרון – סקירה משפטית, מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל**, מס׳ 12 (תשמ״ה) עמ׳ 20, וכן ה״ש 127. פרופ׳ זמיר הפנה למאמרה של עו״ד פליאה אלבק, P. Albek, ″The Use of State Owned Land in Judea and Samaria for Jewish Settlement, 15 LAW AND LEGISLATION IN ISRAEL (New York, 1984) 1. לצערנו מאמר זה אינו קיים בספריות בישראל או במאגרי המידע ולכן לא נחשפנו לאמור בו.

א. קיימים יורשים לגבי עצי מולק או בניינים הנמצאים על מקרקעין אלו[70] יש להם זכות לשלם דמי טאבו ולקבל את המקרקעין במשך עשר שנים.

ב. אם למנוח היו שותפים, יש להם זכות לשלם דמי טאבו ולקבל את המקרקעין במשך חמש שנים.

ג. לבני הכפר של המנוח ישנה זכות לשלם דמי טאבו ולקבל את המקרקעין במשך שנה אחת.

עם זאת לאור סעיף 4 (3) לפק׳ חוק הקרקעות (תיקון) למנהל מחלקת הקרקעות ישנה אפשרות לקצר את התקופה **ל – 30 יום** לאחר שקבלו פניה לממש את זכותם.[71]

5. כאשר מקרקעין לא רשומים עברו הוברה של יותר משלוש שנים, קשה עד בלתי אפשרי במקרים רבים לדעת מי עיבד את המקרקעין בעבר. לפיכך, בהיקש לסעיפים הנ״ל הליך ההכרזה, שכלל סיור בשטח עם המוכתרים, כמוהו כפניה לכל מי שיש לו טענה שיבא לממש את זכותו. ולכן נראה כי לאחר 30 יום פקעה זכותם.

6. יתרה מכך, בהתאם לסעיף 4 להוראות לחוק הטאבו אם אדם נפטר ואין לו יורשים, ואדם הנחשב לגואל (גואלים הם אלו הזכאים לקבל את הקרקע בתשלום דמי טאבו), נכנס בחשאי למקרקעין והחזיק בהם, יש לו זכות לשלם את דמי הטאבו ולקבל את המקרקעין, אך הוא חייב להתייצב בפני המועצה המקומית **תוך חצי שנה** מיום שהגיעו ספרי המקרקעין למקומותיהם. מאחר שספרי המקרקעין חלים על כל אזורי יהודה ושומרון (ניתן לבצע רישום ראשון בפנקס השטרות בכל מקום ביהודה ושומרון) לזכאי ישנה חצי שנה בלבד לממש את זכותו. במקרה זה אין גם צורך בפניה.

7. היקש לסעיפים אלו שעוסקים בשאלה דומה – התקופה שבה יש להגיע ולשלם את דמי הטאבו - מראה שהתקופה אמורה להיות קצרה בהרבה מעשר שנים, ולכן לדעתנו, הוברה לאחר שלוש וחצי שנים הופכת למחלול מוחלט (בכפוף לחריגי סעיף 68), והכרזות שנעשו לאחר יותר משלוש שנים מתחילת תקופת ההוברה היו כשרות ע״פ הדין.

בברכה,

ד״ר חגי ויניצקי

---

[70] במשפט העות׳מאני ניתן היה להפריד בין הבעלות בקרקע לבין הבעלות במבנים ובעצים. ביחס לבעל בניינים ונטיעות שאינו בעל הקרקע ראו גם סעיף 66 לחוק הקרקעות העותומאני.

[71] א. בן שמש **חוקי הקרקעות במדינת ישראל** 12 (תשי״ג).

נספח ג: חוות דעת ד"ר חגי ויניצקי – סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי

ראו ההתייחסות ב- 402 § - 407 § לדו״ח זה

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי - תקנת השוק

התבקשתי ע״י צוות ההסדרה לסכם את התייחסותי ביחס לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס׳ 59) תשכ״ז – 1967, ואת המלצותיי ביחס לאפשרות להסתמך על סעיף זה כפתרון לבעיה של מבנים שנטען שנבנו על מקרקעין שקיים חשש שיש לאנשים פרטיים מקומיים זכויות ביחס אליהם.[72]

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי קובע כדלהלן:

> ״כל עסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי.״

א. ההצדקה לקיום הכלל:

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי דומה לכללים רבים שקיימים בשיטות משפט רבות, במשפט הישראלי ובמשפט הקיים באזור, שנועדו להסדיר תחרות של זכויות מתנגשות, והם כלולים במונח תקנת שוק או ״מעין תקנת שוק״. כללים אלו מהווים חריג לכללים שזכות קניינית קודמת בזמן גוברת על זכות קניינית מאוחרת ושאין אדם יכול להקנות לאחר יותר זכויות מאשר יש לו עצמו ״Nemo dat quod non habet״.[73] ההצדקה להעדפת הזכות המאוחרת נובעת מאינטרס חברתי שהמשפט מעוניין לקדם. כך למשל קיימות תקנות שוק שנועדו לקדם את שטף המסחר,[74] לחזק את האמון במרשמים שמסדירים זכויות,[75] להסתמך על אמיתות חוזים,[76] להסתמך על עסקאות בזכויות,[77]

---

[72] חוות הדעת דנא הינה תמצית חוות הדעת שהוגשה ליועץ המשפטי לממשלה בחודש אוגוסט 2016.

[73] מיגל דויטש, **קניין** 105 (כרך ג׳, 2006). ראו גם: סעיף 500 להצעת חוק דיני ממונות, תשע״א - 2011: ״זכות בנכס כוחה יפה כלפי כל אדם״ וכן סעיף 507 להצעה לפיו: ״אין אדם יכול להקנות זכות בנכס העולה על זכותו שלו באותו נכס, אלא אם נקבע אחרת בחיקוק.

[74] סעיף 34 לחוק המכר, תשכ״ח-1968.

[75] סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ״ט-1969; סעיפים 81, 93 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ״ט-1969; סעיפים 15 (3), 16 (2) לחוק הסדר הקרקעות והמים, מס׳ 40 לשנת 1952; סעיף 8 (ב) לחוק רישום נכסי דלא ניידי שלא נרשמו, מס׳ 6 לשנת 1964; סעיף 83 לחוק הספנות (כלי שיט), תש״ך – 1960.

[76] סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל״ג-1973.

[77] סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ״ט-1969.

להסתמך על החזקה במיטלטלין,[78] ולהסתמך על החלטות שיפוטיות והחלטות של רשויות ציבוריות.[79]

סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי גם הוא תקנת שוק או "מעין תקנת שוק",[80] שנועדה לאפשר לציבור להסתמך על החלטות הממונה על הרכוש הממשלתי בדבר היות נכס מסוים רכוש ממשלתי ולכרות עמו חוזים בהסתמך על החלטה זו. בהעדר סעיף כאמור פרטים בציבור עלולים היו להירתע מלהתקשר עם הממונה שמא נפלה טעות בהחלטתו, ולאחר שיבנו את ביתם יסתבר להם שזכותם נסוגה בפני זכות קודמת, וכל רכושם יאבד באחת. קיומו של הסעיף מאפשר לכל פרט להתקשר עם הממונה בבטחה ובהעדר חשש שמא נפלה טעות בהחלטותיו, שכן גם אם יסתבר שהממונה טעה והרכוש אינו רכוש ממשלתי זכותו של המתקשר לא תיפגע. לשון אחר, מטרת הסעיף היא להגן על ההסתמכות של המתקשר עם הממונה. מטרה נוספת היא הגשמת שיקולי יעילות, שהרי בהעדר הגנה שכזו יתקשה הממונה להתקשר בעסקאות.[81]

ההצדקה לקיומו של הסעיף מתחזקת שבעתיים באזור שבו מרבית המקרקעין אינם רשומים,[82] והזכות הקודמת בזמן מסתמכת על עיבוד והחזקה במקרקעי מירי במשך 10 שנים (זכות התצ'רוף),[83] כאשר העיבוד וההחזקה הסתיימו לפני שנים רבות, כך שהסיכוי לטעות בהחלטת הממונה אכן משמעותי. יתרה מכך, בעל הזכות הפוטנציאלי אינו ידוע במקרים רבים, כך שאין דרך פשוטה לברר קיומן של זכויות קודמות. לאור זאת, הממונה נקט כלפי עצמו בגישה מחמירה ובכל מקום שרק היה חשש לקיומה של זכות לאדם כלשהו, הממונה לא ראה בכך רכוש ממשלתי. עם זאת, גם כאשר נוקטים בגישה מחמירה עשויות להיות טעויות, והמתקשרים עם הממונה זכאים לביטחון ביחס לרכושם כך שטעות של הממונה לא תפגע בהם.

כללים דומים ביותר קיימים גם במשפט הישראלי ביחס לעסקאות של האפוטרופוס על נכסי נפקדים[84] וביחס לעסקאות של האפוטרופוס הכללי.[85] מאחר שהפסיקה ביחס לסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי מועטה ביותר, ניתן להסתמך על הפרשנות שניתנה לאותם כללים לצורך פרשנות רכיבי סעיף 5 לצו. יתרה מכך, סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי ניתן להצדקה ביתר קלות ביחס

---

[78] סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967. עם זאת, תקנת שוק זו תתבטל כאשר תתקבל הצעת חוק דיני ממונות, תשע"א – 2011, בשל ירידת החשיבות שהמשפט הישראלי מקנה להסתמכות על החזקה.

[79] סעיף 34א לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 73 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950; סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח – 1978; סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) מס' 59, תשכ"ז – 1967; סעיף 10 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967. להשוואת ההצדקה של סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים להצדקה של סעיף 34 א' לחוק המכר לפיה שני הסעיפים עוסקים במתן יכולת לציבור להסתמך על רכישה מרשות ציבורית ראו: מיגל דויטש, **קניין** 309 (כרך ד' 2007).

[80] להגדרת סעיף 5 כתקנת שוק ראו: השופט לוי ערר (איו"ש) 121/15 **נצרי מחמוד יעקוב צלאח נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש** פס' 19 (2017). להגדרת סעיף 5 כ"מעין תקנת שוק" ראו: ע"א 4999/06 **הממונה על הרכוש הממשלתי נ' מחצבות כפר גלעדי** (2009); השופטת קאופמן, עניין נצרי, שם, פס' 2. להגדרתו כתקנת שוק ראו גם חגי ויניצקי ודניאל קרמר "מרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון", **"דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון"** (הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, תשע"ד), עמ' 186 - 187.

[81] להצדקות אלו ביחס לסעיפים דומים: סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, וסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, ראו, דויטש, לעיל ה"ש 79, בעמ' 308 — 310. ראו גם: ע"א 109/87 **חוות מקורה נ' חסן** פ"ד מז (5) 1, 21; ע"א 4636/07 **מרעי נ' מרעי** (2009) סע' 9; ת"א 1794-08-07 **אג'מיל ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל** (2010) פס' 170; ע"א 170/66 **פיאד נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים** פ"ד כ (4) 433; (ת"א) 1502/09 **חסונה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** פס' 24 (2016); בר"ע 7/81, **האפוטרופוס הכללי נ' עיריית חולון** פ"ד לו (1) 484, 489 (1982).

[82] שיעור המקרקעין המוסדרים ביו"ש הוא כ – 33%, ראו: ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 167. לכך יש להוסיף את שיעור המקרקעין שרשומים בפנקס השטרות. ראו בעניין זה השופט לוי בעניין נצרי, לעיל ה"ש 76, פס' 19.

[83] סעיף 178 לחוק הקרקעות העותומני.

[84] סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950.

[85] סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח – 1978.

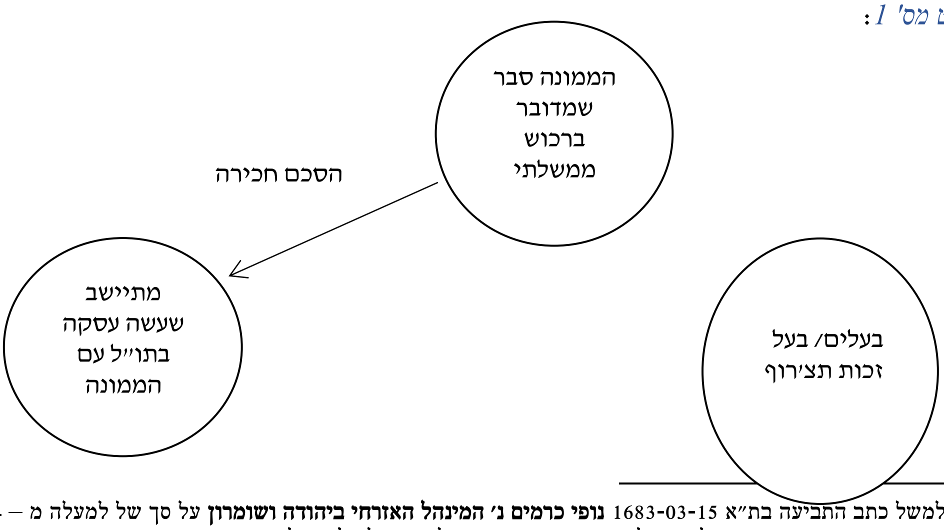
לאותם כללים. כאשר מדובר בנכסי נפקדים או בנכסים עזובים ידוע שקיימת זכות לאדם מסוים ובדרך כלל זהותו גם היא ידועה, כך שקל יותר לברר האם מדובר בנפקד או במי שנטש את רכושו, ובכל זאת המחוקק כלל תקנות שוק במקרה של טעות של האפוטרופוס. לעומת זאת, במקרים הכלולים בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי לממונה כלל לא ידוע בדרך כלל על זכות קודמת למאן דהוא.

הצדקה נוספת שנטענה ביחס להפעלת סעיף 5 לצו היא שמאחר שמדובר במקרקעין שהוקצו ע״י הממונה ונבנו עליהם מבנים, ביטול זכויות המתקשרים יגרור ״תביעות ענק״ נגד הממונה.[86] עיקרון הקטנת הנזק מחייב את המשך ניהולם ע״י הממונה, דהיינו להפעיל את סעיף 5 לצו. בנוסף לשיקול ציבורי זה ניתן להוסיף הצדקה נוספת. הפעלת סעיף 5 לצו משרתת גם את בעל הזכויות המקורי המקומי. הריסת בית ביישוב בשל גריעתו מגבולות ההכרזה המתוקנת לא תועיל גם לבעל הזכויות המקומי, אם יאותר, ואם יוכיח את זכויותיו. הוא לא יוכל לבנות את ביתו על מגרש זה בשל הבעיה הבטחונית, והוא גם לא יוכל למכור את המגרש ליהודים בשל החשש לגזר דין מוות על פי החוק ברשות במקרים אלו.[87] לפיכך מדובר בתוצאה שהיא ״lose lose situation״.[88] לעומת זאת הפעלת סעיף 5 לצו תותיר את הבית על כנו ובעקבות זאת יינתן פיצוי כספי לבעל הזכויות, וכך יווצר ״win win situation״. מי שחפץ להגן על בעל הזכויות המקורי המקומי אמור לתמוך בהפעלת סעיף 5 לצו במקרים שרכיבי הסעיף מתקיימים.

ב. קיומה של עסקה

סעיף 5 לצו דורש קיומה של ״עסקה״. הממונה על הרכוש הממשלתי מתקשר בעסקאות ביחס לרכוש זה בכמה אופנים. לעתים הממונה מתקשר ישירות עם המתיישבים בהסכם חכירה, שבוודאי עונה על הדרישה לקיום ״עסקה״.

שרטוט מס׳ 1:



---

[86] ראו למשל כתב התביעה בת״א 1683-03-15 **נופי כרמים נ׳ המינהל האזרחי ביהודה ושומרון** על סך של למעלה מ – 34 מיליון ₪ בגין גריעת שטחים מהרכוש הממשלתי בשל שינוי תוואי הקו הכחול שהובילה לביטול פרויקט בניה.

[87] ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה״ש 80, בעמ׳ 196; ראו: Ownership of Real Estate in Palestine by Foreigners. בהתאם לחוק חל איסור על עסקאות עם כובשים או זרים. ההגדרה של ״כובשים״ כוללת את ממשלת ישראל ומוסדותיה וההתנחלויות. עבירה על פי חוק זה שתבוצע על ידי תושב מקומי תיחשב כבגידה, והוא ייענש על פי החוק הפלילי. עבירה על בגידה דינה מוות. לאזכור קיום חוק כאמור ראו: בש״א (י-ם) 9340/09 **פאיז מחמד זאיד רג׳בי נ׳ טל בנייה והשקעות קרני שומרון** פסקה 12 לפסה״ד (2010); ת״פ (י-ם) 427/97 **מדינת ישראל נ׳ גלאל סביתאן**, פסקה 3 לפסה״ד (1997).

[88] ראו ויניצקי וקרמר, לעיל ה״ש 80, בעמ׳ 164 – 167.

בנוסף לעסקאות אלו מתקשר הממונה במקרים רבים עם ההסתדרות הציונית ומקצה לה מקרקעין לצורך הקמת ישובים ופיתוחם, וזו בתורה מתקשרת בעסקאות של בר רשות עם המתיישבים. גם אם עסקאות אלו מוגדרות כבר רשות, בפועל מדובר בעסקת חכירה.[89] ביחס לסוג התקשרות זה קיימות איפה שתי עסקאות "גב אל גב" שביחס לכל אחת מהן ניתן להחיל את סעיף 5 לצו בנפרד. דהיינו ניתן להחיל את סעיף 5 גם ביחס למתקשר הסופי ("המתיישב").

אמנם בפסה"ד בעניין חוות מקורה, נאמר ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, כי "סעיף 17 לחוק מהווה מעין "תקנת שוק" ספציפית לעניין נכסים, שהוכרזו בטעות כנכסי נפקדים. התנאים שמציב הסעיף וכוח ההכשרה הגלום בו מתייחסים רק לעסקה שהאפוטרופוס הוא צד לה (בדרך כלל - העסקה הראשונה שבוצעה בנכס לאחר קביעת הנפקדות המוטעית)".[90] ההדגשה של "בדרך כלל" היא חשובה, שכן לעתים יש להפעיל את הסעיף גם על עסקת שרשרת. כמובן שבמקרים בהם תקנת השוק מתקיימת לגבי החוליה הראשונה, החוליות שלאחריה אינן זקוקות לעמידה בתנאי תקנת השוק שכן הן נהנות מההגנה שקיימת בחוליה הראשונה. כך למשל, בעניין פחמאוי בית המשפט הפעיל את סעיף 17 על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, שלאחר מכן נמכרו המקרקעין לקק"ל. בית המשפט הכיר בתוקפה של העסקה עם קק"ל, למרות שהיא לא רכשה את המקרקעין ישירות מהאפוטרופוס אלא מרשות הפיתוח שעמדה בתנאי תקנת השוק ברכישת המקרקעין מהאפוטרופוס.[91]

ברם, גם אם תנאי תקנת השוק לא מתקיימים בחוליה הראשונה הם יכולים להתקיים בחוליה השנייה. כך נפסק ע"י בית המשפט העליון בעניין להיגי ביחס לתקנת השוק הקיימת בסעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969, שקובעת שמי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתום לב ובתמורה ושכלל את זכותו ברישום, זכותו לא תפגע גם אם יתברר שהרישום לא היה נכון. בית המשפט קבע שתקנת השוק תחול גם במקרה שהרוכש (ב) ממי שהרישום על שמו לא היה נכון (א) טרם שכלל את זכותו ברישום, והוא (ב) התקשר בחוזה להעברת זכויותיו עם צד שלישי (ג) ששכלל את זכותו ברישום בתום לב ובתמורה. במקרה זה מאחר שתנאי תקנת השוק התקיימו בחוליה השנייה (בין ב' לג', על אף שהם לא התקיימו בחוליה הראשונה (בין א' לב') בהעדר שכלול של ב') תקנת השוק תחול על הצד השלישי (ג), שכן אותו רציונל של הסתמכות על הרישום הלא נכון (של א') מתקיים גם במקרה זה (ג' הסתמך על הרישום הלא נכון של א' ועל החוזה בין א' לב') .[92]

לפיכך, גם המתיישב סומך למעשה על ההקצאה של הממונה על הרכוש הממשלתי להסתדרות הציונית, והדבר בא לידי ביטוי בחוזה שלו עם ההסתדרות הציונית. במסגרת חוזה זה מוצהר שההסתדרות הציונית הורשתה על ידי הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי ביהודה ושומרון להקים את הישוב, המתיישבים מצהירים כי ידוע להם שהממונה יכול וידרוש מהם לחתום על חוזה פיתוח או על חוזה חכירה או על כל חוזה אחר, וכן שידוע להם שהממונה יכול וידרוש מהם לשלם תשלומים כל שהם עבור זכויותיהם, לרבות דמי חכירה מהוונים או כל תשלום אחר, והם מתחייבים לפעול על פי הוראות הממונה. לפיכך, אין ספק שסעיף 5 לצו חל גם על העסקה עם המתיישב (אם יתקיימו שאר הרכיבים הנדרשים), וזאת גם אם לא התקיימו כל רכיבי סעיף 5 ביחס לעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית (אם התקיימו כל רכיבי סעיף 5 ביחס לעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית, המתיישב כלל ללא נדרש לעמוד בתנאי סעיף 5, שכן הוא בא מכוחה של ההסתדרות הציונית שהעסקה שלה מוגנת).

---

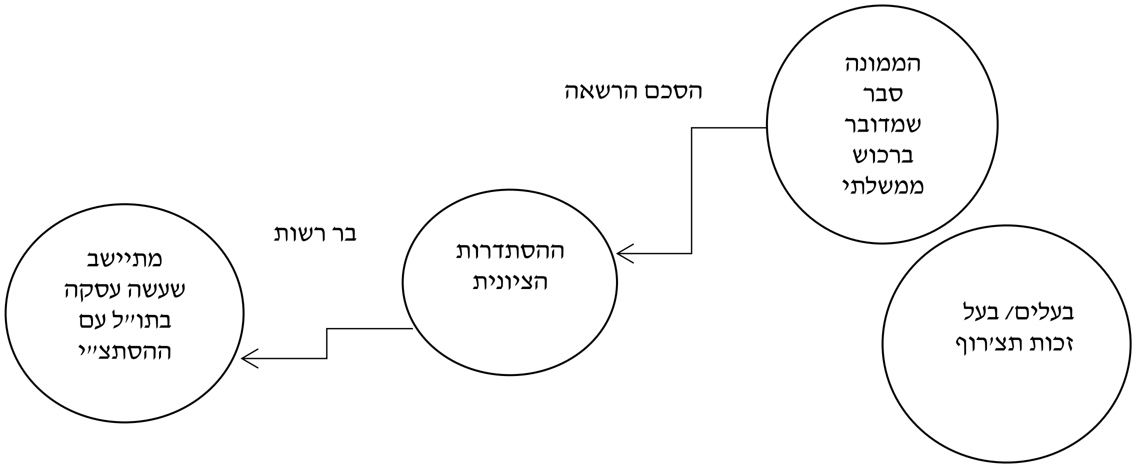
[89] ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 191 – 192.

[90] עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 81 ,בעמ' 20, 21, 28.

[91] ת"א (חי') 607/03, **פחמאוי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (2008) פס' 12. למקרה נוסף ראו: ת"א 42302-03-10 **חוסייני נ' c&m partnership properties** פס' 15 (2010).

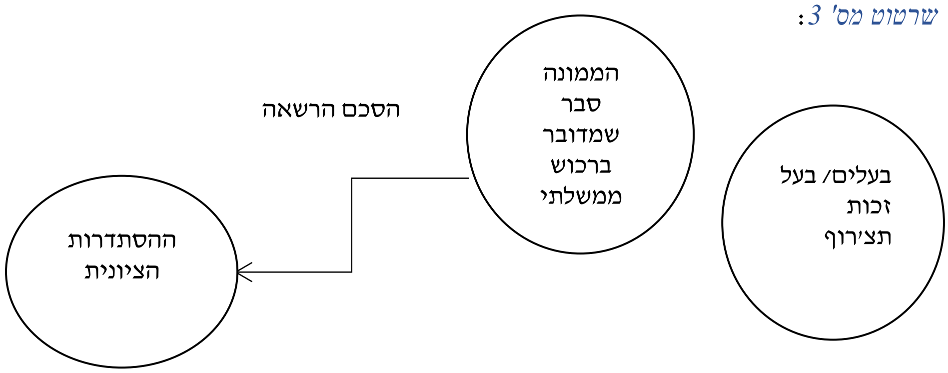
[92] ע"א 767/11, **להיגי נ' עזורי** (2013).

שרטוט מס' 2:



כאמור, סעיף 5 לצו יחול גם כאשר טרם נכרתה עסקה עם המתיישבים הסופיים, שכן ההקצאה של הממונה להסתדרות הציונית (הסכם בר הרשות) גם היא יכולה להיכנס בגדר המונח "עסקה". ואכן התפיסה המשפטית הרווחת מכירה בתחולת סעיף 5 לצו ביחס למקרקעין שהוקצו ע"י הממונה להסתדרות הציונית, והתברר לאחר מכן שהם אינם רכוש ממשלתי (ובתנאי שיתקיימו שאר רכיבי סעיף 5).[93]

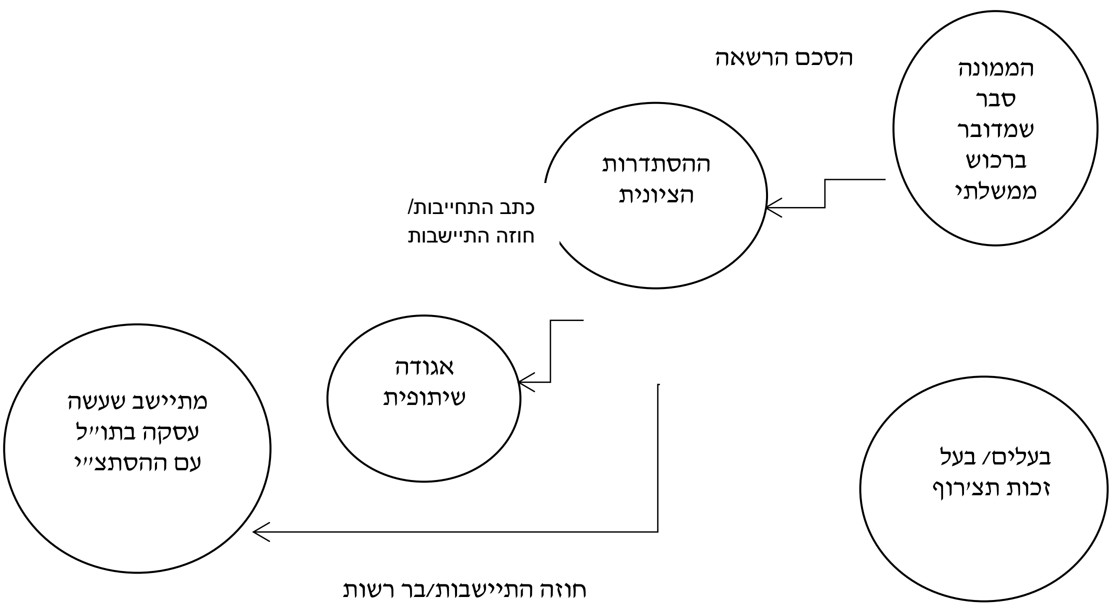
שרטוט מס' 3:



[93] כך למשל, ראו ערר 16/82, **אלבינה נ' הממונה על הרכוש הממשלתי** (1983), בו הכירה ועדת הערר בתחולת סעיף 5 לצו ביחס למקרקעין שהתברר שאינם רכוש ממשלתי, ועסקת ההקצאה בין הממונה לבין ההסתדרות הציונית נותרה בתוקפה. עם זאת יש לציין כי החלטה זו לא אומצה על ידי רמ"א מעולם, שכן הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, בה הוסכם בין המדינה לעותרים כי החלטת ועדת העררים תתבטל (שהיא המלצה בטרם אושרה ע"י רמ"א), וערערו של העותר יוחזר לדיון מחדש בפני הרכב אחר. ערר נוסף לא הוגש בסופו של דבר. ראו גם: חוות הדעת לעיל ה"ש 72, בעמ' 15. כן ראו: ערר 37/08 **אטרש נ' הממונה** (2012) שבו טענה המדינה כי סעיף 5 לצו חל גם על העסקה של הממונה עם ההסתדרות הציונית העולמית. וכן ראו פס"ד ע"א 11085/08 **מראד נ' רשות הפיתוח** (2011) סע' 7, לפיו כאשר מדובר בהפעלת סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, העובדה שהעסקה נעשתה עם רשות הפיתוח, שמהווה "רשות מנהלית" אינה משנה דבר שכן היא בגדר "אדם אחר". לדוגמה נוספת להפעלת סעיף 17 על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, שלאחר מכן נמכרו המקרקעין לקק"ל ראו: עניין פחמאוי, לעיל ה"ש 91, פס' 12. לדוגמאות שהחילו את סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים על רכישה של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, כאשר הבעלות נותרה בידי רשות הפיתוח, ראו: ת"א 6375/03, **רשות הפיתוח נ' דסוקי**, פס' 11 (2007); המ' 281/98 **שיבלי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** פ"מ תשס"א (1) 300 (2002). ולכן סעיף 5 לצו חל גם על עסקאות עם ההסתדרות הציונית העולמית.

לעתים הממונה מתקשר עם ההסתדרות הציונית בהסכם הרשאה, וההסתדרות הציונית מתקשרת בחוזה עם אגודה שיתופית שמקימה את היישוב. במסגרת זו נחתם בין ההסתדרות הציונית לאגודה השיתופית כתב התחייבות.[94] כאשר מדובר בקיבוצים ובמושבים ההסתדרות הציונית מתקשרת עם האגודה השיתופית גם בחוזה התיישבות.[95] יתרה מכך, במושבים גם המתיישבים חותמים על חוזה התיישבות עם ההסתצ״י, וכן חותמים גם על הצהרה כלפי ההסתצ״י שהם ברי רשות. ובישובים הקהילתיים ההסתצ״י מתקשרת עם המתיישבים בחוזה בר רשות. בקיבוצים ובמושבים השיתופיים ההתקשרות החוזית של ההסתדרות הציונית היא רק עם האגודה השיתופית, אלא אם כן קיים בקיבוץ או במושב השיתופי הליך של שיוך דירות. במקרה זה ההסתדרות הציונית מתקשרת בחוזה בר רשות גם עם המתיישב.[96] מכאן נובע שקיימת שרשרת עסקאות בין הממונה עד לאגודה השיתופית ולמתיישב או בקיבוצים ובמושבים השיתופיים שאין בהם שיוך דירות עד לאגודה השיתופית, ובכל שרשראות החוזים הללו המתיישב או האגודה השיתופית מסתמכים למעשה על הקצאת הרכוש הממשלתי ע״י הממונה, ולכן ניתן להחיל את סעיף 5 גם ביחס למתיישב או לאגודה השיתופית בתנאי שהתקיימו לגביהם שאר רכיבי סעיף 5 (וזאת גם אם לא התקיימו כל רכיבי סעיף 5 בחוליות הקודמות. אם רכיבי סעיף 5 התקיימו בחוליות הקודמות, המתיישב או האגודה השיתופית כלל לא נדרשים לעמוד בתנאי סעיף 5, שכן הם באים מכוחן של החוליות הקודמות שהעסקה שלהן מוגנת).

שרטוט מס' 4:



לעיתים הממונה מתקשר עם חברה שאמורה לפתח את המקרקעין לצורך בנייה, ולאחר מכן הממונה אמור לכרות חוזים עם חוכרי הדירות הפוטנציאלים. בעניין זה התעורר ספק האם חוזה הפיתוח עונה על הדרישה לקיומה של עסקה. לדעתי, גם במקרים אלו ניתן לראות בחוזה הפיתוח כעונה על הדרישה לקיומה של עסקה, שכן ניתן לראות בסעיף הקיים בחוזה

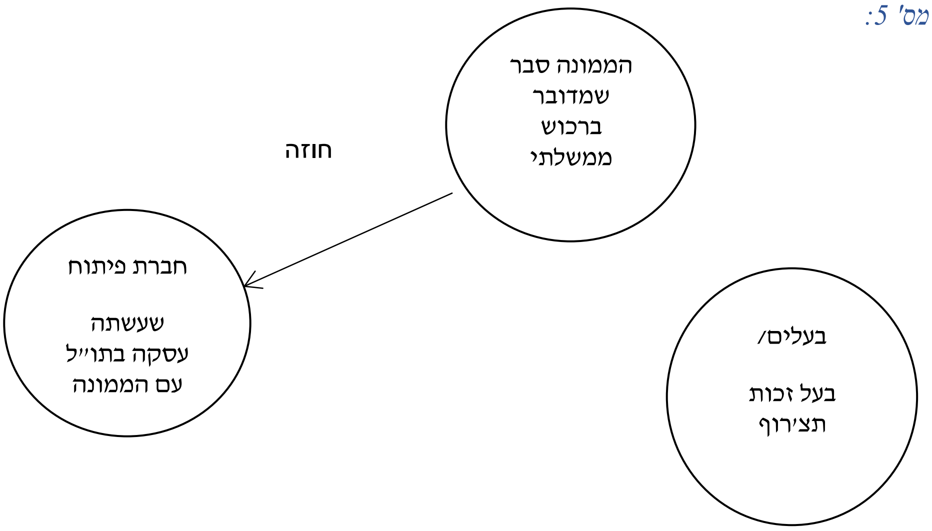
[94] כתב ההתחייבות מקנה לאגודה את האחריות לשמור על כל המיטלטלין, הרכוש והציוד שהושאל לה מידי החטיבה לרבות המקרקעין שבתחום הסכם בר הרשות. לכתב ההתחייבות מצורף נספח בעניין ההלוואות שקיבלה האגודה. יצוין כי החטיבה מלווה גם את תהליך הקמת האגודה השיתופית, וחלק ממסמכי ההקמה כוללים איגרת חוב לטובת ההסתדרות הציונית, שמכוחה מוטלים שעבודים ספציפיים על מיטלטלין שנמסרו לאגודה, וכן שיעבוד צף על כל נכסי האגודה, הנרשמים אצל רשם האגודות השיתופיות (חלק משעבודי המיטלטלין נרשמים גם אצל רשם המשכונות).

[95] חוזה ההתיישבות מתייחס בחלקו הראשון למטרות ההתיישבות – קיום יישוב, וכן לאיסור העברת זכויות ו/או שעבודים בניגוד להסכמת ההסתצ״י. בחלקו השני מתייחס החוזה לתנאי החזר ההלוואות לסוגיהן. על פי חוזה זה האגודה היא בת רשות.

[96] פרטים אלו נמסרו ע״י מר יובל פונק, סמנכ״ל החטיבה להתיישבות.

הפיתוח שכולל התחייבות של הממונה לכרות חוזים עם החוכרים הפוטנציאלים, כחוזה לטובת צד ג׳ שמקנה לחוכרים הפוטנציאלים עצמם זכות ישירה מול הממונה או שניתן לראות בחוזה הפיתוח עצמו התחייבות כלפי חברת הפיתוח לחתום על החוזים עם החוכרים הפוטנציאלים, שהרי כל התכלית הכלכלית של חוזה הפיתוח היא להיות שלב ראשון בעסקה כוללת שבה הממונה מחכיר את הדירות למתיישבים.

שרטוט מס' 5:



כאמור, המונח ״עסקה״ כולל לא רק עסקאות להעברת בעלות אלא גם עסקאות שכירות,[97] ובר רשות. לעתים הכירה הפסיקה ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים שהמונח ״עסקה״ יכול אף להיות שונה מהמונח ״חוזה״, ויכול להיות סוג של ״טרנסקציה״ אם כי מונח זה לא זכה לפירוט.[98]

שאלה נוספת שהתעוררה היא אם המונח ״עסקה״ דורש לא רק התחייבות להקנות זכות במקרקעין אלא גם את השלמת העסקה הקניינית? וכאשר מדובר במקרקעין השכלול נעשה כידוע ברישום במרשם המקרקעין.[99] אכן תפיסת הפסיקה בישראל בדרך כלל ביחס לתקנת השוק היא שנדרשת גם השלמת העסקה, שכן ״רק קניין יכה קניין, ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין״.[100] אמנם, בדרך כלל זכות קניינית מאוחרת בזמן אינה גוברת על זכות קניינית קודמת בזמן, אך בשל האינטרס החברתי הגלום בתקנת השוק הזכות המאוחרת גוברת על הקודמת, ובתנאי שהזכות המאוחרת תהא בהתאם לפסיקה הנ״ל זכות קניינית. הפסיקה בישראל נסמכה על המונח ״מי שרכש זכות״ ככולל דרישה לשכלול.[101] ברם, גם פסיקה זו סברה שייתכנו חריגים שיסתרו את החזקה שנדרש שכלול.[102] יתרה מכך, קיימת ביקורת בספרות על עצם הדרישה לשכלול. פרופ׳ מיגל דויטש סבור שדרישה זו מיותרת כל עוד מתקיימים רכיבי תום הלב והתמורה, שבהם

[97] עניין חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 24. וכן ראו התייחסות מפורשת לכך בסעיף 17 (ב) לחוק נכסי נפקדים.
[98] ע״א 131/53, **מירזה נ׳ בינקובסקי**, פ״ד ח 1461, 1466.
[99] סעיפים 2, 4, 11, 12 לפק׳ העברת קרקעות, 1920, ובמקרקעין מוסדרים, סעיף 16 (3) לחוק הסדר הקרקעות והמים, מס׳ 40 לשנת 1952.
[100] השופט חשין כחלק מדעת הרוב בפס״ד ע״א 2267/95, **האפוטרופוס הכללי נ׳ הרטפלד**, פ״ד מט (3) 854. פס״ד קבע כך גם ביחס לתקנת השוק ע״פ סעיף 10 לחוק המקרקעין, וגם ביחס לתקנת השוק בירושה ע״פ סעיף 73 לחוק הירושה. ביחס לתקנת השוק במקרקעין ראו גם: ע״א 4609/99, **בעלי מקצוע נכסים (1997) נ׳ סונדרס**, פ״ד נו (6) 832. עם זאת דעת המיעוט של השופט קדמי בפסה״ד בעניין הרטפלד לא דרשה שכלול והסתפקה בתום לב ותשלום עיקר התמורה.
[101] ראו לעיל ה״ש 100.
[102] ראו עניין הרטפלד, לעיל ה״ש 100, בעמ׳ 872: ״יחד עם זאת, ועל-אף השוני בין הסדרי תקנות השוק השונות, ראוי להצביע על יסוד עיקרי אחד העובר כבריח התיכון בכל תקנות השוק - לביטחון יתר נאמר: ברובן המכריע של תקנות השוק - והוא, קיומו של יסוד קנייני כיסוד-בלעדיו-אין (non-qua-sine) וכתנאי מוקדם להיווצרותה של הגנת תקנת השוק. יסוד מעשה הקניין (לעתים: יסוד החזקה) משמש יסוד מאחד לכל (או לרוב) תקנות השוק, עד שנוכל להסיק כי יוצר הוא דוקטרינה במשפט ישראל. פירוש: בהיעדר אינדיקאציה אחרת תיצוק הדוקטרינה עצמה אל ״מושגי מסגרת״, ו״נטל הפירוש״ יהיה על מי שיבקש להפריך את קיומה של הדוקטרינה בנסיבות אלו ואחרות של תקנת השוק. הבו נבחן את הדברים מקרוב.״

מגולמת ההסתמכות התמימה, והשכלול הוא אך תווית. פרופ׳ דויטש אף מדגיש ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, שדי שהמתקשר עם האפוטרופוס על נכסי נפקדים ייתן תמורה בתום לב על מנת להתגבר על הזכות הקודמת, שכן לצדו של המתקשר ניצבים ערכים ציבוריים בעלי חשיבות רבה היוצרים משקל גבוה.[103]

סעיף 5 לצו, בדומה לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, אינו כולל את הדרישה ל״רכישת זכות״ אלא ל״עסקה״, ולכן גם מבחינה פרשנית אין הכרח לדרוש לשכלל את העסקה ברישום, וניתן לומר שהמונח ״עסקה״ כולל בחובו גם את המונח ״התחייבות לעשות עסקה״.[104] הדברים נכונים שבעתיים ביחס לסעיף 5 לצו, שכן במרבית המקרים מדובר בעסקאות ביחס למקרקעין לא רשומים, שאין כל כוונה גם מצד הממונה לרשום את עסקאות החכירה במרשם המקרקעין. גם חוזי החכירה מתייחסים לרישום שיתקיים בסופו של דבר במרשם ההרשאות ולא במרשם המקרקעין. ברם, מרשם ההרשאות קיים כיום רק בקרית ארבע ובעתיד יתקיים גם בישוב אורנית. הווה אומר, שדרישת רישום במרשם המקרקעין כחלק מהמונח ״עסקה״ תהפוך את סעיף 5 לצו לאות מתה, וכך תסוכל תכלית החקיקה.[105]

עם זאת, התעורר ספק האם ביחס למקרקעין שהיו רשומים במרשם המקרקעין יש לרשום את העסקה לצורך קיום המונח ״עסקה״.[106] בהקשר זה התעורר ספק גם ביחס לשאלה אם סעיף 5 לצו חל על מקרה שבו המקרקעין היו רשומים והממונה טעה לחשוב שמדובר ברכוש ממשלתי או שהסעיף חל רק אם המקרקעין הללו אכן הוכרזו בעבר כרכוש ממשלתי, והתברר לאחר מכן שהייתה טעות בהכרזה. ספק זה הובהר על ידי בית המשפט העליון, שקבע שסעיף 5 לצו רלוונטי גם ביחס למקרקעין שלא הוכרזו כרכוש ממשלתי ושאינם רכוש ממשלתי אף לפי הדין המהותי.[107]

בעניין זה חשוב להבהיר: סעיף 5 לצו עוסק ״בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי״. אין הגבלה בסעיף זה רק למקרקעין שהוכרזו כרכוש ממשלתי, והסתבר שהייתה טעות בהכרזה (הן ביחס למקרקעין לא רשומים והן ביחס למקרקעין רשומים). שהרי גם אם מדובר במקרקעין רשומים על שם אדם פרטי שלא נעשתה לגביהם הכרזה כלל, והממונה טעה ביחס לאיתור המקרקעין, כך שלא ידע שמדובר במקרקעין רשומים על שם אדם פרטי וסבר שמדובר ברכוש ממשלתי והקצה אותו למתקשר עימו, אזי גם במקרים אלו מתקיימות ההצדקות של סעיף 5 לצו. כאשר הממונה מציג בפני המתקשר שמדובר ברכוש ממשלתי אין בידי המתקשר עימו דרך לברר האם במקרה מדובר במקרקעין הרשומים על שם אדם אחר, שכן לפי הדין באזור לא ניתן לציבור לעיין במרשמי המקרקעין.[108] ולכן יש להגן על ההסתמכות של המתקשר עם הממונה, שסומך על החלטות הממונה, וזאת כדי שהציבור לא יירתע מלהתקשר עם הממונה. לפיכך סעיף 5 צריך לחול גם במקרים אלו, שכן גם במקרה זה מדובר ב״נכס שהממונה חשבו בשעת העסקה לרכוש ממשלתי״. בית המשפט העליון בהתייחסו לסעיף 5 לצו קבע כי לצורך סעיף זה : ״לא היה צורך לטרוח ולברר כלל את שאלת היותם של המקרקעין רכוש ממשלתי (בין מתוקף הכרזתם ככאלה ובין מתוקף הדין המהותי הרלוונטי). אכן, ככל

---

[103] דויטש, לעיל ה״ש 73, בעמ׳ 186 - 205 ; מיגל דויטש, ״הקניין כ״תווית״? על תחרות זכויות ופורמליזם״ **הפרקליט** מ״ג (תשנ״ז) 302, 307 ה״ש 29 ; מיגל דויטש **קניין** (כרך א, תשנ״ז) 505.

[104] עם זאת, יש לציין שהתעורר ספק ביחס לוויתור על דרישת השכלול, וזאת על בסיס פסה״ד ה״פ (חי׳) 226/96 **וולפרט נ׳ האפוטרופוס הכללי** פ״ד תשנ״ו (ב) 453, שניתן ביחס לסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי הכולל נוסח דומה של תקנת שוק (סעיף 16 לחוק נוקט במילה ״פעולה״ ולא ״עסקה״). שם נקבע שנדרש שכלול, אך הדבר נסמך על כוונת הצדדים לעסקה. עם זאת, בבש״א (י-ם) 2409/05, **רשם המקרקעין נ׳ האפוטרופוס הכללי** (2006) פס׳ 12, דרישת השכלול נותרה בצריך עיון. בהקשר זה נטען שמאחר שאין כוונה לצדדים בעסקאות עם הממונה לרשום את העסקה מדובר במקרה שונה. ברם, העובדה שבאותו מקרה דובר על זכות קודמת בזמן שהייתה רשומה בפנקס הזכויות עוררה ספק האם במקרה זה ניתן לוותר על דרישת השכלול.

[105] בוודאי שאין צורך גם שהממונה יירשם תחילה כבעלים, וכך נפסק גם ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים. אין צורך שהאפוטרופוס יירשם תחילה כבעלים. ע״א 1397/90 **חוסין עלי דיאב נ׳ האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פ״ד מ״ו (5) 789 ; ת״א 1499/99 **עינין נ׳ רשם המקרקעין** (2003) פס׳ 12.

[106] ראו גם לעיל ה״ש 104.

[107] פס״ד מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה״ש 80, פס׳ 13. עם זאת, במקרה שם לא הפעילו את סעיף 5 לצו שכן היה הסדר דיוני שמנע זאת.

[108] הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (אזור יהודה והשומרון) (מס׳ 1737) תשע״ד – 2014. בטרם חוקק הצו היה קיים ״נוהל לקביעת היקף זכויות עיון בתיקי בקשות לרישום ראשון, השתתפות בדיוני ועדת הרישום הראשון ועיון ברישומי המקרקעין״. לביקורת על הנוהל הקודם, ראו: ויניצקי וקרמר, לעיל ה״ש 80, בעמ׳ 192 – 197. לביקורת על הצו החדש ראו: חגי ויניצקי ״זכות העיון במרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון לאור הצו בדבר מקרקעין (עיון במרשמים) (אזור יהודה והשומרון) (מס׳ 1737) תשע״ד – 2014״ (טרם פורסם).

שסעיף זה יש לו נפקות ביחסים שבין המערער למשיבים די היה למערער כי יראה שהעסקאות בינו ובין המשיבים נעשו בתום לב וכי בעת שנעשו סבר כי המקרקעין שבמחלוקת הם רכוש ממשלתי."[109] בנוסף, כאשר מפעילים את סעיף 5 לצו הנחת המוצא של הממונה היא שמדובר ברכוש ממשלתי, שבמרבית המקרים איננו רשום. גם המתקשר סבור שכך הדבר, ולכן הם לא יפעלו לרישום העסקה. אדרבה, כאשר מדובר במקרקעין רשומים אם הממונה או המתקשר היו פונים לרישום העסקה הם היו מגלים את טעותם, וזהו בדיוק המועד שבו יש להפעיל את סעיף 5 לצו, ולכן אני סבור שלא נדרשת דרישה לרישום העסקה בכל מקרה, גם במקרים שהמקרקעין רשומים.

ג. תום הלב:

הפסיקה סברה שרכיב תום הלב הנדרש ביחס לסעיף המקביל, סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, חל הן ביחס למתקשר עם הממונה והן ביחס לממונה עצמו. כאשר מדובר בתום הלב הנדרש מהמתקשר הפסיקה פירשה את תום הלב של הרוכש כסובייקטיבי הכולל גם עצימת עיניים (חשד סובייקטיבי בקיומה של עובדה מסוימת שהחושד נמנע מלבדוק את קיומה).[110] הדגשה זו מיותרת שכן תום הלב הסובייקטיבי כולל כעניין שבשגרה גם מצב של העדר עצימת עיניים.[111] פסיקה נוספת הדגישה שתום הלב הנדרש הוא סובייקטיבי, אם כי יש הגורסים כי נוכח הפגיעה בזכות הקניין יש לדרוש רמה יותר גבוהה של תום לב.[112] בכל מקרה תום לב סובייקטיבי לא כולל "ירידה לשטח".[113] הספרות גם היא הביעה את עמדתה בנושא זה. למרות שפרופ' דויטש בעד להרחיב את דרישת תום הלב כאשר מדובר בתחרות זכויות ביחס למקרקעין לתום לב אובייקטיבי, רמת תום הלב הנדרשת לדעתו ביחס לסעיף 17 הנ"ל צריכה להיות אובייקטיבית אך מתונה במיוחד, שכן הרוכש זכאי להסתמך על טוהר זכויותיו של האפוטרופוס.[114] בהתאם לעמדה זו נראה כי מאחר שתום לב אובייקטיבי מלא דורש מעבר לבדיקת מרשם המקרקעין גם בדיקת ההחזקה במקרקעין, רמה נמוכה כזו של תום לב אוביקטיבי לא תדרוש את בדיקת ההחזקה במקרקעין ותסתפק בבדיקת מרשם המקרקעין. לעומת זאת, פרופ' דגן שסבור שיש לכלול בפרשנות רכיבי תום הלב והתמורה גם התחשבות בצדדים לסכסוך, בעל זכות מקורי ערבי מול רוכש זכויות יהודי. תום הלב לדידו עשוי לכלול גם דרישה לירידה לשטח.[115]

בחינת האפשרות לאמץ עמדות אלו ביחס לפרשנות רכיב תום הלב בסעיף 5 לצו דורשת עמידה על ההבדלים בין שני המצבים. כאשר מדובר בסיטואציה שבה עוסק סעיף 5 לצו ראוי להדגיש כי ירידה לשטח במרבית המקרים לא תסייע. ראשית, לעתים קרובות המתקשר נפגש לראשונה עם השטח (המגרש) לאחר שהוא כבר עבר פיתוח, ולכן אין סיכוי שיידע על העיבוד וההחזקה שהיו קיימים קודם לכן, שעשויים היו להקנות זכות למאן דהוא.[116] שנית, גם אם השטח טרם עבר פיתוח, אזי המתקשר ועורך דינו בדרך כלל לא יחשדו כלל שישנה זכות מכוח עיבוד והחזקה שכן, המסקנה שקיימות זכויות קודמות דורשות בדרך כלל בדיקות סבוכות שנערכות עם עזרים מתקדמים (תצלומי אוויר ומכשירי מדידה מדויקים) ונמשכות תקופות ארוכות (ראו עבודת "צוות קו כחול") - בדיקות שהמתקשר ועורך דינו לא מסוגלים לבצען. בדיקות אלו לא כלולות אף בתום לב אובייקטיבי מלא, ובוודאי שאינן כלולות בתום לב אובייקטיבי מתון במיוחד לשיטת פרופ' דויטש. ניתן להניח בבטחה שגם פרופ' דגן לא היה דורש בדיקות שכאלו מהמתקשר ועורך דינו. דרישה שכזו מנוגדת להצדקות לקיום הסעיף – היכולת להסתמך על החלטות הממונה והיכולת להתקשר עימו ביעילות.

---

[109] פס"ד מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה"ש 80, פס' 13.

[110] עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 81, בעמ' 21 - 23; עניין פיאד, לעיל ה"ש 81; ע"א 3747/90 **האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' עזבון המנוחה מוסא**, פ"ד מו (4) 311. וכן ראו: ת"א 09-03-1212 **המועצה המקומית ערערה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (2011).

[111] דויטש, לעיל ה"ש 73, בעמ' 219.

[112] ראו: ע"א 2576/03 וע"א 6858/99, **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' טברי**, פ"ד נח (4) 577.

[113] עניין חוות מקורה, לעיל ה"ש 81, בעמ' 23.

[114] דויטש, לעיל ה"ש 79, בעמ' 309.

[115] חנוך דגן, **"קניין על פרשת דרכים"** (2005) 284 – 289.

[116] ראו סעיף 78 לחוק הקרקעות העותומני.

יתרה מכך, במקרים רבים שישנו צורך לעשות שימוש בסעיף 5 לצו, מדובר במקרקעין שהיו בגבולות ההכרזה ונגרעו עקב עובדת צוות קו כחול. הווה אומר, שגם מי שערך את ההכרזה הראשונה, שסייר בשטח ועשה מדידות כאלו ואחרות, לא איתר שהיו זכויות קודמות למאן דהוא, ואף הממונה על הרכוש הממשלתי לא מצא או חשד בקיומן. אם כך, ברור שאין צפייה מהמתקשר ועורך דינו לגלות את קיום הזכויות הנ״ל, והם עומדים בדרישת תום הלב גם אם הייתה נדרשת ירידה לשטח. מאחר שמדובר בבדיקות מורכבות אין ציפייה שגם בחוזים בין הממונה להסתדרות הציונית, האחרונה תאתר את קיום הזכויות הקודמות.

למעשה הפער בין תום לב אובייקטיבי מתון במיוחד לבין תום לב סובייקטיבי מוגבר אינו משמעותי, והוא למעשה סמנטי. מאחר שתום לב אובייקטיבי מתון במיוחד נראה ככולל רק את בדיקת מרשם המקרקעין, משמעותו לא תהא רלוונטית כאשר ינסו ליישמו ביחס לסעיף 5 לצו. מרבית המקרקעין ביהודה ושומרון כלל אינם רשומים,[117] ולכן בדיקת מרשם המקרקעין לא תועיל לגביהם. יתרה מכך, גם אם קיים סיכוי שהמקרקעין כן רשומים במרשם המקרקעין, הדין הקיים באזור לא מאפשר לציבור לעיין במרשמי המקרקעין,[118] ולכן גם אם המתקשר ירצה הוא לא יוכל להיעזר במרשם המקרקעין כדי לבדוק האם בכל זאת קיימת במרשמים אלו אינדיקציה לזכויות קודמות של פרט כלשהו. ירידה לשטח לא תסייע כאמור במרבית המקרים ואיני סבור כאמור שהיא כלולה בדרישת תום הלב של סעיף 5 לצו. כפי שנראה להלן, יש הטוענים שרמת תום הלב הנדרשת מהממונה אמורה להיות גבוהה יותר משל המתקשר, שכן הממונה מחזיק במידע הרלוונטי לבדיקת הזכויות השונות ולמתקשר אין כל יכולת בדיקה שכזו. אין לצפות מרוכש סביר לבצע בדיקות קרקעיות מקיפות כאשר הוא מבקש לרכוש זכויות מהממונה על הרכוש הממשלתי. לאור זאת, רצוי לדעתי לדרוש מהמתקשר תום לב סובייקטיבי בלבד שכולל כאמור עצימת עיניים ותו לא. חוסר תום לב יתקיים למשל כאשר המתיישב פגש במקרקעין טרם רכישתם אדם הטוען לזכויות במקרקעין או אדם שמוסק זיתים במקרקעין. התעלמות מכך תחשב עצימת עיניים וחוסר תום לב. לאור האמור לעיל, ניתן להניח בבטחון רב שבמרבית המקרים שתחולת סעיף 5 לצו תיבחן, המסקנה תהיה שהמתקשר וכן ההסתדרות הציוניות עמדו בדרישת תום הלב.

ביחס לתום הלב הנדרש מהאפוטרופוס, במסגרת סעיף 17 הנ״ל, סבור פרופ׳ מיגל דויטש בצדק, שהיה צריך להשמיט דרישה זו, שכן תחרות הזכויות היא בין המתקשר עם האפוטרופוס לבין בעל זכות קודמת, ולכן תום הלב של האפוטרופוס, שהוא חוליית האמצע אינו רלוונטי, ולא ראוי שנתון זה, שהוא לא בידיעת או בשליטת המתקשר עם האופוטרופוס, ישפיע על הגנתו.[119] ברם, הפסיקה סברה שנדרש תום לב מצד האפוטרופוס, אך הוא צריך להתפרש כתום לב סובייקטיבי בלבד (הכולל עצימת עיניים) ברף הגבוה. לפיכך, רשלנות וחוסר זהירות מצדו של האפוטרופוס, לא יהוו ראיה לחוסר תום לב,[120] ואין אף דרישה לירידה לשטח.[121] נוכח חזקת תקינות המעשה המינהלי, נטל ההוכחה לחוסר תום לב מוטל על התובע.[122]

---

[117] ראו לעיל ה״ש 82.
[118] ראו לעיל ה״ש 108.
[119] דויטש, לעיל ה״ש 79, בעמ׳ 310. לפס״ד שקבע שלא נדרש תום לב מצד האפוטרופוס לנכסי נפקדים ושסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים יחול גם אם האפוטרופוס פעל שלא בתום לב, ראו: עניין דסוקי לעיל ה״ש 93, פס׳ 11.
[120] עניין פיאד, לעיל ה״ש 81; ע״א 5685/94, **עמותת אלעד נ׳ אלעבסי**, פ״ד נג (4) 730, 745 — 746; עניין טברי, לעיל ה״ש 112; עניין ערערה לעיל ה״ש 110 פס׳ 25; ע״א 1501/99 **דריני ואח׳ נ׳ יורשי המנוח עבד אלקאדר** (2004); עניין מוסא, לעיל ה״ש 110, בעמ׳ 366; עניין פחמאוי, לעיל ה״ש 91, פס׳ 12; עניין חסונה, לעיל ה״ש 81, פס׳ 24; עניין חוסייני, לעיל ה״ש 91, פס׳ 15. ת״א 319/03 **עזבון המנוח חוש נ׳ האפוטרופוס לנכסי נפקדים** פס׳ 12 (2006). לדרישה של תום לב סובייקטיבי בלבד הכוללת גם מצבי חשד, עניין מרעי, לעיל ה״ש 81, סע׳ 9; עניין אג׳מיל, לעיל ה״ש 81, פס׳ 170; ת״א 7844-03-11 **סובחי נ׳ האפוטרופוס לנכסי נפקדים** (2014) פס׳ 60.
[121] עניין חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 23. עם זאת, מפסה״ד: אלעד, לעיל ה״ש 120, בעמ׳ 746; עניין חסונה, לעיל ה״ש 81, פס׳ 28, עולה שכאשר נוצר חשד אצל האפוטרופוס מצופה ממנו לבדוק את מצב הזכויות בנכס באמצעות ירידה לשטח.
[122] ע״א 2576/03, **וינברג נ׳ האפוטרופוס לנכסי נפקדים** פס׳ 17 (2007); עניין טברי, לעיל ה״ש 112, בעמ׳ 581 — 582; עניין פחמאוי, לעיל ה״ש 91, פס׳ 12; ת״א 1125/92, **החברה לפיתוח עכו העתיקה נ׳ סלואה** בעמ׳ 9 (2005); עניין דסוקי לעיל ה״ש 93, פס׳ 11; עניין חסונה, לעיל ה״ש 81, פס׳ 24. קל וחומר כאשר נעשה שיהוי רב, שם, בפס׳ 29.

ביחס לתום הלב הנדרש מהממונה בסעיף 5 לצו סברה הפסיקה בעבר שיש להפעיל את מבחן הסבירות.[123] דהיינו תום לב אובייקטיבי. ברם, פסיקה זו בוטלה.[124] לאחרונה סוגיה זו נדונה בפסיקה והובעו דעות שונות. יש הסוברים שפרשנות אופיה של דרישת תום הלב בסעיף 5 לצו יכולה להתבסס בהקשר זה על המילה "חשבו", שמשמיעה תום לב סובייקטיבי בלבד,[125] ויש הסוברים שתום הלב הנדרש מהממונה אמור להיות גבוה יותר משל המתקשר לאור המידע המצוי אצלו ויכולתו לברר על קיומן של זכויות קודמות.[126] ביחס לרף הנדרש, יש הסוברים שנדרש תום לב סובייקטיבי בלבד (שכולל העדר עצימת עיניים), שמתקיים גם אם יתברר שהבדיקות המקצועיות של הממונה וצוותו נעשו ברשלנות, שכן דרישה להעדר רשלנות קיימת רק בתום לב אובייקטיבי. לעומת זאת, יש הסוברים שאם יימצא שהממונה נהג ברשלנות רבתי, בהעדר ראיה לסתור, הוא ייחשב כמי שעצם את עיניו, ולכן כמי שלא קיים את דרישת תום הלב. כדוגמה לרשלנות רבתי, נטען שאם הממונה הקצה מקרקעין מוסדרים, בין אם הכריז עליהם כרכוש ממשלתי ובין לאו, ולא בדק את מרשם המקרקעין עובר להקצאה, אזי מדובר ברשלנות חמורה במיוחד, שתהווה אינדיקציה לעצימת עיניים מצד הממונה. ויש הסוברים שיש אף להחמיר כלל זה גם למצבי רשלנות. בכל מקרה, אין להפעיל את עקרון הידיעה הקונסטורקטיבית, דהיינו שמייחסים, במקרה זה לממונה, כפיקציה, את הידיעה בדבר הרשום במרשם, ביחס לסעיף 5 לצו.

מאחר שהמסקנה שקיימות זכויות קודמות דורשת בדרך כלל בדיקות סבוכות שנערכות עם עזרים מתקדמים, ונמשכות תקופות ארוכות (ראו עבודת "צוות קו כחול") הן לא כלולות אף בתום לב אובייקטיבי, ובוודאי שאינן כלולות בתום הלב הסובייקטיבי הנדרש מהממונה. בעניין זה ראוי לציין את הנאמר ע"י בית המשפט העליון ביחס לדרישת תום הלב מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים ביחס לסעיף 17 לחוק שלא גילה לטענת המערערים את עובדת החזקתם במקרקעין ועיבודם: "לא ניתן לבחון את תום ליבו של האפוטרופוס בהקשר זה, כאילו חלה עליו אחריות אבסולוטית לגלות בכל מקרה ובכל מצב את זהות המחזיק במקרקעין אותם מבקש האפוטרופוס להקנות לרשות הפיתוח. אף את הטענה בדבר הרישום בספרי המועצה (המועצה המקומית מנדא, ח.ו.) יש לדחות .... לפי הנטען, המסמך אינו מעיד על בעלות בחלקה כי אם על החזקה בלבד. בל נשכח, כי לא קיימת חובה חוקית המורה לאפוטרופוס הכללי לבדוק את כל ספרי המועצה טרם ביצוע העסקה, שעה שהסתמך על הרישום בטאבו. סבורני, וזה העיקר בענייננו, כי אין לראות בפעולתו של האפוטרופוס ככזו המשוללת תום לב. בחינת תום ליבו של האפוטרופוס חייבת להעניק את המשקל הראוי לבדיקת מצב המקרקעין בטאבו, והסתמכותו על המרשם".[127] בהקשר זה אף נאמר לאחרונה, בדעת רוב, כי כאשר קיים ביחס למקרקעין מסויימים הליך של הסדר שהותלה, אף בשלב לוח התביעות, הממונה לא יוכל להסתמך על סעיף 5 לצו,[128] או שמחדל מבדיקת תוצריו, לרבות לוח תביעות, משול לעצימת עיניים.[129] דעת המיעוט סברה שאין זה סביר להטיל על הממונה לבדוק את לוח התביעות בכל עסקה, ללא שידונו ההיבטים המעשיים והטכנולוגיים הנוגעים לעניין.[130] מאחר שבאותו המקרה לוח התביעות הנטען הגיע ממקורות חיצוניים למערכת,[131] יתכן שיש לראות באמירות אלו אמירת אגב. לדעתי, צדקה דעת המיעוט שראוי לבחון תחילה את המשמעות המעשית בהטלת נטל לבדוק כל לוח תביעות ביחס לכל עסקה ולאור נתון זה לחוות דעה האם ראוי לחייב את הממונה לבדוק זאת. מכל מקום, לאור האמור לעיל, ניתן להניח בבטחון רב שבמרבית המקרים שתחולת סעיף 5 לצו תיבחן, המסקנה תהיה שהממונה פעל בתום לב.

בכל מקרה, דרישת תום הלב מתייחסת רק להעדר ידיעה או העדר חשד ביחס לעובדה שהנכס אינו רכוש ממשלתי. לפיכך, אין רלוונטיות לשאלות האם קיימת ביחס לאותם מקרקעין תב"ע בתוקף? האם ניתנו היתרי בנייה? והאם המבנה נבנה

---

[123] הערר בעניין אלבינה, לעיל ה"ש 93. ראו גם אייל זמיר, **אדמות המדינה ביהודה שומרון – סקירה משפטית** (תשמ"ה) 31.
[124] ראו לעיל ה"ש 93.
[125] ראו השופט לוי בעניין נצרי, לעיל ה"ש 76, פס' 26 לפסק דינו.
[126] ראו דברי השופטת קאופמן בעניין נצרי לעיל ה"ש 76, פס' 3 לפסק דינה. ראו גם דברי השופט עמאר בפס' 2 לפסק דינו.
[127] עניין מראד, לעיל ה"ש 93, פס' ג.
[128] השופטת קאופמן בעניין נצרי, לעיל ה"ש 76, פס' 1 — 4 לפסק דינה.
[129] השופט עמאר, עניין נצרי, לעיל ה"ש 76, פס' 2 לפסק דינו.
[130] השופט לוי, עניין נצרי, לעיל ה"ש 76, פס' 26 - 31 לפסק דינו.
[131] עניין נצרי, לעיל ה"ש 76, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמאר.

בתמיכת ובהשקעת רשויות המדינה? ביחס לדרישת תום הלב. דרישה זו מתייחסת רק ביחס לנתון של היות הנכס רכוש ממשלתי. הראייה שאם מבנה לא היה נגרע מגבולות הרכוש הממשלתי (במקרה של שינוי הקו הכחול), לא היו מיושמות לגביו ההגבלות של מכירה או קבלת משכנתא, רק בשל העדר תב״ע בתוקף או העדר היתר בנייה. בהקשר זה ראוי לציין ש״ההאשמה״ בהעדר קיומה של תב״ע בתוקף בישובים ביהודה ושומרון רובצת לעתים לפתחן של הרשויות והמתקשר אינו צריך לשלם את המחיר על כך. גם בתקנת השוק במקרקעין הקיימת בישראל (סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ״ט - 1969) אין דרישות ממי שטוען לקיום תקנת השוק לאחר שבנה את ביתו, להוכיח שקיימת תב״ע בתוקף, קיים היתר בניה או סיוע של הרשויות. כאשר התמורה היא ההשקעה בבניה (כפי שיפורט בהמשך) היא אינה הופכת להיות תמורה שהושקעה בחוסר תום לב רק בגלל היעדר תב״ע והיתר בניה, ומסקנה זו נכונה גם במקרים שהייתה בחוזה התייחסות לצורך לבנות על פי תוכנית מאושרת והיתר בניה. היעדר תב״ע והיתר בניה נובעים לעתים כאמור ממחדל של הרשויות שלא קידמו את שלבי התכנון של היישוב מחד, אך הרשויות (קרי הממונה) או שלוחתו (ההסתדרות הציונית) חתמו חוזה עם המשתכן לפיו הוא אמור לבנות את ביתו בפרק זמן מסוים כאשר הסיכוי לאישור תב״ע לאותו יישוב אינו נראה באופק, ולכן הוא לא פעל בחוסר תום לב בבניית ביתו. בנוסף, ברור שהשאלה האם המבנה נבנה באמצעות הרשויות אם לאו אינה רלוונטית כלל לנושא זה. האם העובדה שאדם בנה את ביתו בעצמו או באמצעות חברה פרטית גורעת כי הוא זה מתום ליבו ביחס להיות הנכס רכוש ממשלתי שהוקצה לו בשרשרת חוזית? תום הלב שאליו מתייחס סעיף 5 רלוונטי כאמור רק לגבי השאלה האם המתקשר לא ידע ולא חשד שמדובר ברכוש שאינו רכוש ממשלתי, שזהו המקרה שסעיף 5 לצו מגן על המתקשר מפניו. סעיף 5 לצו, בדומה לכללי תחרות זכויות אחרים, הוא כלל בתחום דיני הקניין ואין לקרוא לתוכו רכיבים מדיני התכנון והבניה. תום הלב ישלל איפוא רק אם המסתמך על סעיף 5 לצו ידע או חשד שמדובר ברכוש שאינו רכוש ממשלתי. ולכן ניתן להחיל את סעיף 5 לצו בכל מקרה שהמתקשר או ההסתדרות הציונית עומדים בכלליו.

לסיום פרק זה יש לציין שמדובר במרבית המקרים בשטחים שעברו הכרזה, והטוען כיום לזכויות של עיבוד והחזקה (אם קיים טוען כלל) יכול היה בשעתו להגיש ערר על ההכרזה. יתרה מכך, במרבית המקרים הטוען לזכות לא פנה כלל במשך שנים רבות גם כאשר ראה שישנה בנייה על המקרקעין. הווה אומר, שהטוען לזכות יכול היה למנוע את התאונה המשפטית אם היה פונה לכתחילה ולא בדיעבד לאחר שנים ארוכות. בית המשפט העליון קבע בהלכת גנז ביחס לעסקאות נוגדות במקרקעין שאם בעל הזכות הראשון בזמן לא הזהיר באמצעות הערת אזהרה ביחס לקיום זכויותיו הוא עלול לאבד את עדיפותו.[132] הלכה זו אומצה גם בדין הקיים באזור ביחס להערת התנגדות.[133] הפסיקה בישראל הרחיבה את ההלכה הנ״ל גם למכשירי פומביות נוספים שניתן ונהוג להשתמש בהם כדי להזהיר צדדים שלישיים, ובעל הזכות המקורי חדל מכך.[134] הלכת גנז דורשת אף פנייה לערכאות משפטיות לצורך היכולת להזהיר צדדים שלישיים.[135] פרופ׳ מיגל דויטש סבור שניתן להפעיל הלכה זו גם ביחס לזכויות קנייניות. למרות שהייתה התנגדות לכך בפסיקה בתחילה, קיימת פסיקה מאוחרת שתומכת בכך.[136] שיקול זה יושם גם ביחס לתביעה נגד האפוטרופוס לנכסי נפקדים ביחס לעסקה שבוצעה על ידו. בית המשפט העליון קבע כי הימנעות של הרוכש מהנפקד לעמוד על זכויותיו באמצעות מסמכיו במשך עשרות שנים, כך ש״יכול היה למנוע את הסבך שאליו נקלעו הצדדים כבר לפני זמן רב, ובקלות יחסית״ תוביל להעדפת החלטת

---

[132] ע״א 2643/97, **גנז נ׳ בריטיש וקולוניאל חברה בע״מ**, פ״ד נז (2) 385.

[133] ה״פ (ים) 1254/02 **בית רחל בע״מ נ׳ קמ״ט רישום מקרקעין איו״ש**, פס״מ תשס״ג (1) 350, 382, 385—386. אם כי נראה שבית המשפט הכריע את הסוגיה בלי להידרש להפעלת הלכה זו, אך בית המשפט בהחלט הכיר בתקפותה, שם. יש לציין שבית המשפט פסק במקרה זה לפי הדין הישראלי על בסיס חזקת שוויון הדינים, שם, בעמ׳ 366, אך החלת הלכת גנז על הערת התנגדות בהחלט אינה משאירה ספק שבית המשפט מחילהּ גם באיו״ש. למקרה נוסף שהחיל את הלכת גנז באמצעות חזקת שוויון הדינים על מקרה של עסקאות נוגדות באיו״ש, לאור התרשלות הזכאי הראשון ברישום העסקה ובטיפול בהליכי המשפט שנדרשו, ראו ת״א (י-ם) 6272/04, **הקרן ליד מדרשת א״י בע״מ נ׳ אמרזיאן** פס׳ 30 - 35 (2006). אם כי גם במקרה זה מאחר שהזכאי השני שכלל בתום לב ובתמורה ההסתמכות על הלכת גנז לא נדרשה למעשה. ראו גם ויניצקי וקרמר, לעיל, ה״ש 80 בעמ׳ 150 — 151.

[134] ה״פ 331/01, **סידי נ׳ שטמר**, (טרם פורסם); ה״פ (י-ם) 3407/04, **ורנאי נ׳ מ.ש. זגורי בע״מ**, (טרם פורסם).

[135] ע״א 8881/07, **לב נ׳ טובי** (2012). שם נעשתה פניה לבית משפט עקב סירוב לרשום הערת אזהרה. אך השוו ע״א (ב״ש) 1099/02, **פרנסז נ׳ שיפמן**, (מקרקעין ב׳ 4 (2003) 187).

[136] דויטש, לעיל ה״ש 73, בעמ׳ 478 — 479. להתנגדות ראו: ה״פ (חי׳) 202/03 **האפוטרופוס הכללי נ׳ בנק דיסקונט** (2005); ה״פ (נצ׳) 223/02, **רושרוש נ׳ מנסור**, תק-מח 2005 (4) 4470. להותרת סוגיה זו בצ״ע ראו: ע״א 1134/06, **רושרוש נ׳ מנסור**, (ניתן ביום 2009). לתמיכה ראו: ת״א (ת״א) 42149/11/11 **פרייברגר נ׳ ברוידה**, (2012).

האפוטרופוס.[137] לפיכך, כאשר בעל הזכות המקורי לא הגיש ערר על ההכרזה ולא עמד על זכויותיו למרות שידע על הבנייה במקרקעיו קיימת הצדקה לאיבוד זכויותיו. ואכן, נטען שניתן להחיל את הלכת גנז נגד בעל הזכות המקורי שלא הגיש ערר על ההכרזה ולא פעל על מנת לעמוד על זכויותיו.

ד. התמורה:

סעיף התמורה שמקובל בכללי תחרות זכויות אינו מופיע בסעיף 5 לצו. התשובה לשאלה האם רכיב התמורה הכרחי אינה מוחלטת.[138] רכיב זה גם לא מצוי בסעיף המקביל לסעיף 5 לצו – סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים. אחד מפסה״ד המנחים ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים קבע כי יש להשאיר את השאלה בצ״ע.[139] פסה״ד בעניין מראד הניח שקיים יסוד כאמור לאור סעיף 19(א)(1) לחוק נכסי נפקדים הקובע שעל האפוטרופוס חובה למכור המקרקעין ״במחיר שאינו פחות משוויו הרשמי של הנכס״.[140] עם זאת, לאחרונה קבע בית המשפט המחוזי שלא נדרש להוכיח תמורה.[141] בכל מקרה, לדעת פרופ׳ דויטש נדרשת תמורה מתוך קוהרנטיות לכללי תחרות הזכויות. יתכן שהעדרה נובע מכך שחוק נכסי נפקדים הוא חוק ישן שאינו חלק מהחקיקה האזרחית. בכל מקרה רשות ציבורית לא מבצעת בדרך כלל עסקה ללא תמורה.[142] ראו גם סעיף 18 שמחייב את האפוטרופוס למסור את הנכס או את התמורה שקיבל בעדו.

כאשר נדרשת תמורה היא צריכה להיות מבוצעת ולא עתידית, ממשית ולא סמלית,[143] שכן מטרת התמורה היא לבחון למי מהצדדים נגרם נזק גדול יותר אם יפסיד. דרישת התמורה מסתפקת במתן תמורה בהיקף מהותי. העברת תמורה בשיעור של מעל 50% נתפסה כמספקת,[144] במיוחד שהצטרפה אליה השקעה שמהווה שינוי לרעה בהסתמך על החוזה שנחשבת גם היא כתמורה, ולכן במסגרת התמורה יכללו כל ההוצאות או ההתחייבויות שהמתקשר התחייב בהן.[145]. כך למשל, נטען שיש להתחשב בעבודות תשתית ופיתוח, הקמת מבנים, שימוש במקרקעין למגורים, התקשרות עם צד ג׳ בעקבות ההתקשרות עם הממונה, למשל בלקיחת הלוואה שמובטחת במשכנתא.

רכיב התמורה נועד לבדוק כאמור למי ייגרם נזק גדול יותר אם יפסיד, בעל הזכות המקורי או המתקשר הנוכחי.[146] הנחת המוצא היא שבעל הזכות המקורי נתן תמורה, ולכן בוחנים האם התמורה של המתקשר החדש שקולה לערך שקיבל.[147] נושא זה מקבל משקל רב ביחס להפעלת סעיף 5 לצו. במקרים רבים, כאשר מתברר שהרכוש הממשלתי שהוקצה למתקשר אינו רכוש ממשלתי, אין בנמצא בעל זכות מקורי שטוען לזכות. במקרים אלו יש להעדיף בבירור את המתקשר עם הממונה. גם כאשר ישנו בעל זכות, יש להשוות את התמורות, דהיינו את הנזק שייגרם לכל אחד מהצדדים אם יפסיד

---

[137] עניין מרעי, לעיל ה״ש 81, סע׳ 9. ראו גם עניין אג׳מיל, לעיל ה״ש 81, פס׳ 170: ״תכלית זו מובילה להעדפת הצדדים השלישיים שקיבלו לידיהם, זכות בקרקע, על-פני התובעים שנמנעו מלדרוש זכותם במשך למעלה מיובל שנים (משנת 1956). יתר על כן, תוצאה זו רצויה גם משום שהמחזיק במסמך הוא אשר יכול היה למנוע את הסבך שאליו נקלעו הצדדים כבר לפני זמן רב, ובקלות יחסית. לפיכך, גם אם היה החוזה תקף ועומד בעינו לא היה בכך כדי לאיין את העברת הקרקע לצדדים שלישיים״.

[138] ראו דברי השופט עמאר בעניין נצרי, לעיל ה״ש 76, פס׳ 20, שם נאמר שבסעיף 5 לא נדרשת תמורה אם כי יתכן והיא מהווה חלק מתום הלב.

[139] עניין חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 28.

[140] עניין מראד, לעיל ה״ש 93, פס׳ ג׳.

[141] עניין חסונה, לעיל ה״ש 81, פס׳ 27.

[142] דויטש לעיל ה״ש 79, בעמ׳ 309 — 310.

[143] עניין חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 24 - 27; דויטש, לעיל ה״ש 73, בעמ׳ 233 — 236.

[144] דויטש, לעיל ה״ש 73, בעמ׳ 235; עניין חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 25 - 28.

[145] עניין חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 28; דויטש, לעיל ה״ש 143 בעמ׳ 232 — 233.

[146] עניין חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 23.

[147] דויטש, לעיל ה״ש 73, בעמ׳ 201 — 204.

בעימות. ברור מאליו שעלות רכישת המגרש ובניית בית עולה לאין ערוך על זכות החזקה ושימוש במקרקעין חקלאיים. ולכן התמורה הנדרשת מהמתקשר עם הממונה מספיק שתהא מינימלית. כך למשל, נטען כי תשלום 5% משווי מקרקעין לבנייה הם בגדר חלק משמעותי הרבה יותר משוויה של קרקע חקלאית.

לפיכך, ניתן לומר שמתקיים רכיב התמורה גם בעסקאות ההקצאה להסתדרות הציונית. אמנם, ההסתדרות הציונית לא שילמה תמורה כספית לממונה עבור ערך המקרקעין. אך במקרים רבים בוצעו פעולות הכרוכות בעלויות כספיות ניכרות כגון: הקמת מחנה זמני, מבני ציבור, החזקת מזכירי יישוב ורכזי קליטה, הכשרת קרקע, השאלת ציוד, תכנון ועוד. יתרה מכך, גם אם הרכיבים הנ״ל טרם התקיימו, עצם ההשקעה בתוכניות שערכה ההסתדרות הציונית ביחס למקרקעין נחשבת תמורה.[148] העובדה שמדובר בהוצאות של ההסתצ״י שהגיעו מתקציב המדינה אינה משנה דבר. כפי שציינו, סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים חל גם על רכישות של רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים, וזאת למרות שרשות הפיתוח היא רשות מנהלית של מדינת ישראל.[149] הוצאות אלו עולות לאין שיעור על שווי זכותו של בעל הזכות המקורי, אם יתברר כלל שישנו בעל זכות. יתרה מכך, אין כל הצדקה להקנות לבעל הזכויות המקורי שהייתה בידו זכות של שימוש והחזקה בקרקע חקלאית מגרש שנועד לבניה למגורים, שערכו השביח עשרות מונים, עקב הקמת היישוב. כאמור, גם אם לא נכיר במקרים מסוימים בתמורה מספקת בעסקה בין הממונה להסתדרות הציונית, מספיק שתתקיים תמורה בעסקה בין ההסתדרות הציונית למתיישב. התמורה כאמור יכולה להיות עלות רכישת המגרש ועלות הבנייה. בכל מקרה, לצורך רכיב התמורה יש להתחשב רק בתמורה שניתנה, בהשקעה שנעשתה בבניה וכן בהתחייבויות שנוצרו למתיישב כל עוד לא נודע לו על האפשרות שהמקרקעין אינם רכוש ממשלתי, שכן התמורה שנלקחת בחשבון היא רק תמורה שנעשתה בתום לב.[150] כאמור בתת הפרק הקודם, תמורה שמגולמת בהשקעה בבניה אינה חסרת תום לב גם אם לא הייתה תב״ע בתוקף או היתר בניה.

ה. תוצאת הפעלת הסעיף

כללי תחרות הזכויות מקנים לעומד בהם זכות שמטוהרת מזכויות קודמות.[151] האם זו התוצאה לגבי סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, ולגבי סעיף 5 לצו? ביחס לשאלה זו התעוררה שאלה האם מדובר בתקנות שוק שכן כותרות הסעיפים הנ״ל הן כשרות עסקאות. ביחס לטיעון זה ניתן לומר שהפסיקה בבית המשפט העליון ראתה גם בסעיף 5 לצו ״מעין תקנת שוק״[152], וזו התפיסה גם ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים שכותרתו גם היא ״כשרותן של עסקות״, שמשמש תקנת שוק לכל דבר,[153] וכן ביחס לסעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי שכותרתו ״כשרות פעולות״, שגם הוא מתפקד כתקנת שוק.[154] אמנם, מדובר בעסקאות להחכרת המקרקעין או מתן זכות של בר רשות שאמורות להסתיים לאחר שנים רבות, ולכאורה בסיום העסקה אין בעיה להשיב את המקרקעין לבעל הזכות המקורי. ברם, מסקנה זו מוטעית. 93% ממקרקעי מדינת ישראל נמצאים בבעלות המדינה, רשות הפיתוח וקק״ל. העסקה השכיחה שנעשית ביחס למקרקעין אלו היא חוזה חכירה.

148 פרטים אלו נמסרו ע״י מר יובל פונק, סמנכ״ל החטיבה להתיישבות.

149 ראו לעיל טקסט ליד ה״ש 91, וה״ש 93.

150 השופט לוי בעניין נצרי, לעיל ה״ש 76, פס׳ 28.

151 לגבי תקנת השוק במכר, סעיף 34 לחוק המכר, תשכ״ח – 1968 ראו: דויטש, לעיל ה״ש 145, בעמ׳ 229.

152 פס״ד מחצבות כפר גלעדי, לעיל ה״ש 80, פס׳ 13.

153 מיגל דויטש, **קניין** (כרך ד׳, 2007) בעמ׳ 308. עניין חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 20, 24, 29; רע״א 1096/97, **אבו ג׳ובה נ׳ פימן בע״מ**, פ״ד נג (1) 481; עניין דסוקי לעיל ה״ש 93, פס׳ 11. יש המכנים סעיף זה מעין ״תקנת שוק״ ראו: עניין מראד, לעיל ה״ש 93, פס׳ ג׳; עניין מרעי, לעיל ה״ש 81, סע׳ 9; עניין וינברג, לעיל ה״ש 122, פס׳ 17; עניין ערערה, לעיל ה״ש 110; ע״א 1501/99, **פאטמה דריני נ׳ משרד האוצר** (2004); עניין אג׳מיל, לעיל ה״ש 81, פס׳ 170. עניין אלעד, לעיל ה״ש 120, בעמ׳ 744; עניין פחמאוי, לעיל ה״ש 91, פס׳ 11; עניין חסונה, לעיל ה״ש 81, פס׳ 24. ואכן סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים לא מאפשר את השבת הנכס לנפקד שאמור לקבל פיצויים בלבד, ראו עניין מוסא, לעיל ה״ש 110, בעמ׳ 174.

154 בש״א (י-ם) 2409/05, **רשם המקרקעין נ׳ האפוטרופוס הכללי** (2006) פס׳ 12; ה״פ 19829-12-11 **יצחקי נ׳ יורשי המנוח בדרייה** פס׳ 32 (2013).

בהתאם לחוזה זה החוכר בונה את ביתו. האם החוכר צפוי לקבל דרישה לפנות את ביתו בתום תקופת החכירה? לכאורה התשובה חיובית. ברם, ברור שתוצאה זו לא תתקיים, וחוזה החכירה יוארך. החוכר שבונה את ביתו לא צופה דרישה לפינוי בתום תקופת החכירה והמדינה אכן לא פועלת כך אלא מאריכה את חוזהו לתקופה ארוכה נוספת. העיגון לזכות להאריך את התקופה עשוי להיות בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל״ג – 1973, הרואה בנוהג כללי אמצעי להשלמת לקונות. לפיכך, אם זכות החכירה של אדם מוגנת ע״י תקנת השוק במקרקעין בישראל (סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ״ט – 1969), החוכר לא צריך לחשוש שזכותו מוגנת רק עד תום תקופת החכירה, וככל חוכר הוא זכאי לצפות להארכת חוזהו. זו התוצאה לדעתי שצריכה להתקיים גם בסיום תקופת העסקה כאשר מפעילים את סעיף 5 לצו.[155] בסיום תקופת הסכם החכירה או בר הרשות יש להאריך את חוזה החכירה או בר הרשות לתקופה ארוכה נוספת בדומה לשאר החוכרים או ברי הרשות.

מעניין לציין בהקשר זה שגם פרופ׳ דגן שצידד בהפעלת סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים תוך שקילת האינטרס של בעל הזכויות המקומי סבור בדומה לפרופ׳ אייל זמיר ולפרופ׳ בנבנישתי שהפיתרון לעוולות הסטוריות שנעשו לפני זמן רב הוא בפיצוי ולא בהשבה בעין, וזאת לאור שיקולי מדיניות כבדי משקל, למשל שהשבה בעין תיצור חיכוכים אתניים ופגיעה באינטרסים של המחזיקים הנוכחיים. ולכן לדעת פרופ׳ דגן לעתים שינוי הנסיבות עשוי להפוך בעלות שהייתה בלתי צודקת לצודקת. עם זאת יש לפצות כמובן את בעל הזכות המקורי שאיבד את זכותו.[156] אמנם נראה כי כתיבתם התייחסה לנפקדים שרכושם נותר במדינת ישראל, אך לטעמי הדברים יפים גם ביחס לזכויות שהתקיימו לפני זמן רב לעותרים מקומיים ביהודה ושומרון. נימוקים אלו רק מחזקים את ההצדקה לקיומו של סעיף 5 לצו. יתרה מכך, כפי שציינתי בתחילת חוות הדעת הריסת בית ביישוב בשל גריעתו מגבולות ההכרזה המתוקנת לא תועיל גם לבעל הזכויות המקומי. הוא לא יוכל לבנות על מגרש זה ולא יוכל למוכרו ליהודים. לעומת זאת הפעלת סעיף 5 לצו תותיר את הבית על כנו ובעקבות זאת יינתן פיצוי כספי לבעל הזכויות. לפיכך, מי שחפץ להגן על בעל הזכויות המקומי אמור לתמוך בהפעלת סעיף 5 לצו במקרים שרכיבי הסעיף מתקיימים.

הערה אחרונה ביחס לתוצאות הפעלת הסעיף היא שסעיף 5 לצו מקנה כאמור למתקשר שעומד בכל רכיבי הסעיף זכות שמטוהרת מזכויות קודמות. זכות זו יכולה לשמש הן כמגן עבורו מפני תביעתו של בעל הזכות המקורי או כל רשות אחרת והן כטענת חרב כנגד מי שיפגע בזכותו או לצורך הסדרת זכותו מול הרשויות השונות באופן דומה למצב בו היה מדובר ברכוש ממשלתי.[157]

ו. פיצויים

סעיף 5 במתכונתו הנוכחית חסר התייחסות לסעד הפיצויים לו זכאי בעל הזכות המקורי מאת הממונה. בעניין זה ראוי לציין שכללי תחרות הזכויות בכלל ותקנות השוק בפרט אינם כוללים סעיף בצדם המורה על זכותו של המפסיד בתחרות לתבוע פיצויים מהגורם שגרם לאובדן הזכות. הזכות לפיצויים קיימת אם יוכיח בעל הזכות המקורי עוולה בנזיקין כגון

---

[155] בעניין חוות מקורה צוין שלמרות ששולמה תמורה של קצת יותר מ – 50% מתקופת השכירות הראשונה נקבע שיש לבצע גם את תקופת ההארכה שנקבעה בחוזה, חוות מקורה, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 28. בית המשפט לא התייחס לתוצאה שתתרחש לאחר סיום ההארכה.

[156] דגן, לעיל ה״ש 115 (והאסמכתאות שם ביחס לכתיבתו של Prof. Jeremy Waldron); איל בנבנישתי ואיל זמיר ״הקניין הפרטי בהסדר שלום הישראלי –פלשתיני״, **מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי** (חנוך דגן עורך, תש״ס) 577.

[157] ראו למשל ביחס לתקנת השוק ע״פ סעיף 34 לחוק המכר תשכ״ח – 1968: ע״א 167/75 **קיבוץ גליל-ים נ׳ שעתל**, פ״ד לא (1) 236, 239-240; דנ״א 2568/97 **כנען נ׳ ממשלת ארצות-הברית**, נז (2) 632 (2003), פס׳ 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא ש׳ לוין (חוות דעת של שופט מיעוט, שלא נסתרה בדעת הרוב); ה״פ (י-ם) 15114-11-12 **אלבחירי נ׳ בנק ירושלים בע״מ**, פס׳ 1 ו-17 (2013).

רשלנות וכד׳ מצד הממונה.[158] עם זאת, ביחס לסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים קיים בצדו סעיף 18 לחוק המאפשר לבעל הזכות המקורי שאיבד את זכותו לקבל את התמורה שקיבל האפוטרופוס בעד הנכס, ללא כל צורך להוכיח קיומה של עוולה.[159] אכן ראוי לאפשר זאת גם למי שיאבד את זכותו בעקבות הפעלת סעיף 5 לצו. עם זאת, אין צורך לקבוע את הסעד הכספי דווקא בחקיקה, וניתן לעשות זאת גם בהנחיה מנהלית שתאפשר העברת התמורה למי שיוכיח שלא היה מדובר ברכוש ממשלתי ושיש לו זכויות במקרקעין. בהקשר זה, יתכן שיש להתחשב בשאלה האם ערך המקרקעין עלה בעקבות השבחת הממונה, ובמקרה זה יש להשיב לבעל הזכות המקורי את הסכום של שווי המקרקעין בעת שניטלו ממנו.

ז. התייחסות המשפט הבינלאומי

העובדה שסעיף 5 לצו יופעל בדרך כלל ביחס לזכויות של תושבים מקומיים אינה בעייתית מבחינת המשפט הבינלאומי, שכן הכלל נחוץ לפעולתו התקינה של הממונה, שאחרת לא ניתן יהיה להתקשר עמו בבטחה בהעדר הגנה במקרים שהממונה טעה. יתרה מכך, אם נשווה את הכלל המצוי בסעיף 5 לצו לחקיקה שקיימת במקרה דומה בצפון קפריסין ניווכח שסעיף 5 לצו תקף גם מבחינת המשפט הבינלאומי.[160]

בעקבות הפיכה צבאית שביצעו קפריסאים-יוונים בעידודו של השלטון הצבאי ששלט באותה העת ביוון שנועדה לאחד את קפריסין עם יוון, פלש צבא טורקיה בשנת 1974 לצפון קפריסין ויצר חיץ בין האזור שבו הייתה מרוכזת האוכלוסייה הטורקית ליתר חלקי האי. 200 אלף קפריסאים-יוונים שהתגוררו בצפון האי נמלטו או גורשו אל דרום האי, לאזור שעדיין נשלט בידי הממשלה הקפריסאית-היוונית, ובמקביל נמלטו או גורשו 60 אלף קפריסאים-טורקים אל צפון האי. בשנת 1983 הכריזו מנהיגי הקהילה הקפריסאית-הטורקית על עצמאות מלאה ועל ריבונות בשטח שנכבש בידי הצבא הטורקי ב-1974 (37% מהאי). בשנת 1985 חוקקה חוקת המדינה. הכרזת העצמאות קבעה את שם המדינה ל״רפובליקה הטורקית של צפון קפריסין״. ההכרזה זכתה להכרה של טורקיה ואזרבייג׳ן בלבד, ויתר מדינות העולם והארגונים הבינלאומיים הוסיפו לראות בצפון קפריסין שטח כבוש, שהריבונות עליו אמורה לחזור לרפובליקת קפריסין השולטת בדרום האי. אוכלוסיית הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין כוללת כ - 50,000 מתנחלים[161] שהיגרו מטורקיה בעידוד ממשלת טורקיה. עיר הבירה ניקוסיה מחולקת בין הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין לבין רפובליקת קפריסין, ומשמשת בפועל בירה לשתיהן. הגבול בין שני חלקי האי, שנוצר ב-1975, מכונה ״הקו הירוק״, והוא למעשה שטח הפרדה מפורז הנשלט בידי כוחות האו״ם וכוחות בריטיים.

בשנת 2003 חוקק חוק שתוקן לאחר מכן בשנת 2005 ע״י הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין[162] שמטרתו לאפשר לקפריסאים יוונים שגורשו/נטשו את בתיהם בחלק הצפוני להגיש תביעה לוועדה שיפוטית (Immovable Property Commission) לקבלת פיצוי כספי, החלפת מקרקעין או השבה בעין, וזאת בעקבות פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Xenides-Arestis v. Turkey.[163] הפונה צריך להוכיח את תביעתו בראיות מעבר לכל ספק סביר שיוכיחו שהיה רשום כבעלים של המקרקעין או כיורש של מי שהיה רשום ושאין גורם אחר שרשום כטוען לזכויות במקרקעין,

---

[158] דויטש, לעיל ה״ש 79, בעמ׳ 310. התביעה אפשרית כמובן רק נגד הממונה ולא כפי שנאמר בערר 37/08 **אטרש נ׳ הממונה על הרכוש הממשלתי** (2012) שהתביעה אפשרית גם נגד המתקשר וחליפיו. רכישה בתקנת שוק מטוהרת מזכויות קודמות וכן מסעד הפיצויים. ראו בהקשר זה סעיף 53 לפק׳ הנזיקין (נוסח חדש). לביקורת על פסה״ד ראו ויניצקי וקרמר לעיל ה״ש 80 בעמ׳ 186.

[159] ראו עניין מראד, לעיל ה״ש 93, פס׳ 7, 10.

[160] יובהר כי במסגרת עבודתו, הצוות המקצועי לא נדרש לסוגיות משפטיות כלליות, לרבות שאלת המעמד המשפטי של אזורי יהודה ושומרון.

[161] לפי קפריסין היוונית 100,000 לפי תוכנית אנאן 45,000.

[162] LAW FOR THE COMPENSATION, EXCHANGE AND RESTITUTION OF IMMOVABLE PROPERTIES WHICH ARE WITHIN THE SCOPE OF SUB-PARAGRAPH (B) OF PARAGRAPH 1 OF ARTICLE 159 OF THE CONSTITUTION (LAW 67/2005).

[163] Xenides-Arestis v. Turkey (2005).

ובמקרה זה ייבחן הפרמטר - האם עליית ערך המקרקעין משנת 1974 ועד היום עלתה על שווי המקרקעין בשנת 1974. אם התשובה חיובית יינתן פיצוי או החלפת מקרקעין, אם התשובה שלילית תינתן השבה בעין ובתנאי שאין פגיעה בביטחון הלאומי, בסדר הציבורי ובשטחים צבאיים. מאחר שברוב המכריע של המקרים שווי המקרקעין משנת 1974 ועד היום עלה על שווי המקרקעין בשנת 1974, ניתן כמעט בכל המקרים פיצוי כספי שכולל את שווי המקרקעין בשנת 1974, עליית ערך המקרקעין מאז ועד היום, דמי שימוש וכן פיצוי על עגמת נפש. הנתבע הוא שר השיכון של הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין. תקופת עבודת הוועדה הוארכה מעת לעת. החוק חוקק בתחילה לארבע שנים והוארך לאחר מכן לשש שנים, ושוב הוארך לעשר שנים, ובתחילת שנת 2016 הוארך שוב עד לתאריך 21.12.17 (סעיף 4 לחוק). עד התאריך 7.2.18 הוגשו 6404 בקשות, 878 הסתיימו בהסדר פשרה, 27 הסתיימו בדיון רשמי. שולמו עד כה 268,644,501 לי״ש כפיצויים. בשני מקרים הוחלט על החלפת רכוש ופיצויים, השבה ללא פיצוי בשלושה מקרים, השבה ופיצויים נוספים בשישה מקרים, במקרה אחד ניתנה החלטה להשבה לאחר ההסדר בקפריסין והשבה חלקית במקרה אחד (השבה כ- 1.25%, החלפת מקרקעין כ- 0.22%, פיצויים בכ- 98.5%).[164] לאור סעיף 19 לחוק מי שלא יפנה לוועדה לא יאבד את זכויותיו, אם ישנן, והוא יאלץ להמתין להסדר מדיני בעתיד אם אכן יתקיים הסדר כזה. החוק אינו מתייחס כלל לסיבה מדוע מי שמתגורר בבית שננטש או שתושביו גורשו אכן גר שם. בוועדה יושבים שלושה משפטנים בינלאומיים.

חוקיות ההסדר נבחנה בבית הדין האירופי לזכויות אדם שדחה תביעה של קפריסאים יוונים בעניין Demopoulos v. Turkey, שבחרו לא לפנות לוועדה השיפוטית ולהגיש תביעה לבית הדין האירופי לזכויות אדם בטענה לכשלים שונים בקיומה, לרבות היות סעד הפיצויים הסעד העיקרי ולא השבה (שניתנה במספר בודד של מקרים), וכן טענות ביחס להלימות הפיצוי. בית הדין קבע שההסדר לאחר התיקון של שנת 2005 הוא עקרונית סביר וראוי. עדיף שהדיון יעשה בידי ערכאה מקומית שיש לה נגישות עובדתית טובה יותר. הטיעון שזה משפיל מבחינה הקפריסאים היוונים להתדיין מול גוף שגירש אותם לא התקבלה. כך קורה בכל התדיינות מול מדינה שפגעה באדם מסוים. הכרה בהסדר אינה מהווה הכרה בכיבוש לא חוקי. למרות שהשלטון לא חוקי יש למצות את ההליכים במסגרתו. זה יהיה שרירותי ולא נבון לחייב השבה ללא התחשבות בנסיבות שהתרחשו ובשימוש שנעשה בנכסים ב– 35 השנים האחרונות. לא סביר לפנות בכוח גברים, נשים וילדים שגרים בבתים במשך 35 שנים, ולכן פיצוי במקרים אלו הוא סביר. אם הפיצוי סביר או שמבצעים החלפת מקרקעין נשמר איזון הוגן. בית הדין מותיר את הבחירה של יישום הפיצוי למדינה עצמה שנמצאת בעמדה הטובה ביותר להעריך את סדרי העדיפויות והאינטרסים המנוגדים ברמה המקומית, וזה נכון גם לצפון קפריסין. ולכן אין בעיה עם שיקול הדעת הקיים בחוק של ה – IPC ביחס לאפשרות ההשבה. הטענה שרק חלק קטן מהרכוש תחת כיבוש יזכה להשבה במסגרת המנגנון החדש לא מערערת את היעילות של ה - IPC. בהחלטה בעניין Xenides-Arestis צוין כי חוסר אפשרות להשבה כלל הוא פגם. זה מספיק שישנה אפשרות וכבר התרחשו מספר מקרים כאלו. והחוק המתוקן תיקן זאת. בית הדין קבע שמדובר במנגנון אובייקטיבי שכולל 5 – 7 חברי וועדה, ששניים מהם בינלאומיים. אף אחד מהשופטים לא יושב ברכוש של קפריסאי יווני. הטענה הכללית שכל אחד שגר בצפון קפריסין מושפע מהוועדה אינה מספיקה כדי להטיל ספק בהרכב הוועדה. גם העובדה שהם מונו ע״י השלטון הצפון קפריסאי הלא חוקי שכולל נוכחות של צבא טורקי אינה פוגעת באובייקטיביות או בעצמאות של הוועדה. אין כל ראיה לחוסר אובייקטיביות של חברי הוועדה. בית הדין גם מקבל את רף ההוכחה הנדרש, מעבר לכל ספק סביר שנתמך בראיות כתובות. בית הדין מצא כי החוק מספק מסגרת נגישה ויעילה של פיצוי בגין תלונות על נטילת נכס שבבעלות קפריסאית יוונית. התובעים במקרים הנוכחיים לא עשו שימוש במנגנון זה ותלונותיהם צריכות להידחות בשל אי-מיצוי הליכים ברמה המקומית. הדבר נכון גם לפיצוי בגין נזק לא ממוני. בית הדין מרוצה שהחוק הופך הוראה מציאותית לפיצוי במצב הנוכחי של כיבוש שהוא מעבר

---

[164] הנתונים הם על פי אתר הוועדה: http://www.tamk.gov.ct.tr הנתונים עודכנו בחוות הדעת על פי המצב העדכני.

ליכולתו של בית המשפט לפתור. אין חובה לפנות ל – IPC ואפשר לחכות לפתרון מדיני. בית הדין דחה את תביעתם והפנה אותם לוועדה.[165]

כזכור לפי החוק הצפון קפריסאי, אין התייחסות כלל לשאלה איך פלש אותו "מתנחל" טורקי לביתו של הקפריסאי היווני. אם כך, סעיף 5 לצו שדורש מהמחזיק הנוכחי להוכיח שהתקשר בעסקה עם הממונה, וכן שעמד בתנאי תום הלב והתמורה, בוודאי שהיה זוכה להכרת בית הדין האירופי לזכויות אדם, ולכן סביר להניח שבתי המשפט בישראל יכירו בסעיף 5 לצו כעומד בכללי המשפט הבינלאומי. לחיזוק הסעיף יש כאמור ליצור הנחיה מנהלית למתן פיצויים. בנוסף, התקדים הנ"ל מוכיח כי גם האפשרות של איחוד וחלוקה שמאפשרת החלפת מקרקעין במקרים מתאימים עומדת בכללי המשפט הבינלאומי.

ח. המלצות

1. ניתן להסתמך על סעיף 5 לצו בכל מקרה שבו נעשתה עסקה עם הממונה או עם ההסתצ"י (שהתקשרה עם הממונה) בתום לב ובתמורה.
2. סעיף 5 לצו חל לא רק במקרים שהייתה טעות בהכרזה (בין אם המקרקעין לא רשומים ובין אם הם רשומים) אלא גם במקרים שמדובר במקרקעין הרשומים על שם אדם פרטי ולא הייתה לגביהם הכרזה, אך הממונה סבר בטעות שהם רכוש ממשלתי בשל טעות באיתור המיקום שלהם.
3. לא נדרש שכלול העסקה ברישום במרשם המקרקעין גם כאשר בעל הזכות המקורי היה רשום במרשם המקרקעין.
4. דרישת תום הלב מתייחסת רק להעדר ידיעה והעדר חשד ביחס לעובדה שלא מדובר ברכוש ממשלתי. ולכן אין זה משנה האם קיימת ביחס לאותם מקרקעין תב"ע בתוקף? האם ניתנו היתרי בניה? האם המבנה נבנה בתמיכת ובהשקעת רשויות המדינה? כל עוד מתקיימים התנאים של סעיף 5 לצו.
5. כאשר בעל הזכות המקורי לא הגיש ערר על ההכרזה ולא עמד על זכויותיו למרות שידע על הבנייה במקרקעיו קיימת הצדקה לאיבוד זכויותיו.
6. בסוף תקופת העסקה יש לחדש את החכירה/הרשאה לתקופה נוספת באופן רגיל.
7. במקרים של הפעלת סעיף 5 רצוי ליצור הנחיה מנהלית שתאפשר לבעל הזכויות המקורי לקבל פיצויים או לקבל את התמורה שהתקבלה אצל הממונה, וזאת מבלי להוכיח קיומה של עוולה.

בברכה,

ד"ר חגי ויניצקי

---

[165] Demopoulos and others v. Turkey, Cases 46113/99, 3843/02, 13751/02, 21819/04, 19993/04, 10200/04, 13466/03, 14163/04 (European Court of Human Rights, 2010); http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97649#{"itemid":["001-97649"]} לפסיקה נוספת באותו הכיוון ראו: Asproftas v. Turkey (2010); Petrakidou v. Turkey (2010); Meleagrou v. Turkey (2013). בפסה"ד האחרון מדובר במקרה שהתובעים פנו ל–IPC רק בתביעת השבה ולא בתביעת פיצויים. התובעים קבלו השבה של נכס אחד, וביחס לשאר הנכסים לא היו זכאים להשבה אך הם גם לא תבעו פיצויים, ולכן לא קיבלו. בית הדין האירופי לזכויות אדם דחה את תביעתם, שכן הם לא תבעו את סעד הפיצויים במסגרת ה- IPC. בית הדין גם דחה טענות לקשיי שפה ולעצמאות ה–IPC. כן ראו: את הקישורים למאמרים שמדגישים את החשיבות של מנגנון, דמוי המנגנון של צפון קפריסין, במקרים של סכסוכים בלתי פתירים, לצורך בניית האמון בין הצדדים המעורבים. Remedying Displacement in Frozen Conflicts: Lessons From the Case of Cyprus, https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies/article/remedying-displacement-in-frozen-conflicts-lessons-from-the-case-of-cyprus/A8C2AAC4F706983CEC371B66BD2E824B/core-reader; וכן ראו: "Sargsyan v Azerbaijan & Chiragov and others v Armenia", http://ehrac.org.uk/news/sargsyan-v-azerbaijan-chiragov-and-others-v-armenia/ מאמרים אלו גם סוקרים סכסוכים בלתי פתירים במקומות נוספים כגון: Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia and Transnistria, Eastern Ukraine כולל פס"ד שניתנו ביחס לחלק מהמקומות הנ"ל: *Chiragov v Armenia; Sargysian v Azerbaijan* וממליצים על הקמת מנגנון דומה למנגנון של צפון קפריסין. וכן ראו: Presidency of Immovable Property Commission Issue, **Monthly Bulletin** (31/5/16) הכולל סטטיסטיקות לגבי התיקים שבטיפול של ה – IPC. ביחס לחוק ולפסה"ד בעניין Demopoulos ראו גם טליה איינהורן, "מעמדם של שטחי יהודה ושומרון וההתיישבות בהם במשפט הבינלאומי, **"דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון"** (הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, תשע"ד) עמ' 52 – 54; דו"ח על **מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון** (דו"ח ועדת לוי) פס' 58.

נספח ד: חוות דעת גב' בינת שוורץ-מילנר – תכנון צמוד דופן באיו"ש

ראו ההתייחסות ב- 431 § - 437 § לדו"ח זה

מינהל התכנון

משרד האוצר
יחידת שמ

ג׳ באדר ב׳ התשע״ו
13 במרץ 2016
למה. 2016-726

תכנון ״צמוד דופן״

התבקשתי על ידי הצוות המקצועי לגיבוש מתווה הסדרת בניה באיו״ש לחוות דעתי בעניין תכנון ״צמוד דופן״; מקורותיו, מטרותיו, השימוש בו בתחומי מדינת ישראל והתאמתו לשמש עקרון תכנוני מוביל בשטחי יהודה ושומרון.

תמצית

1. עקרון תכנון ״צמוד דופן״ הוא עקרון תכנוני מרכזי וראוי, הדיון איננו נסוב על חשיבותו וחיוניותו, אלא עוסק במידת התאמתו לשמש בעת הזו עקרון מוביל ונוקשה לתכנון שימושי הקרקע במרחב יהודה ושומרון ובהצדקה ל״אימוצו״ מתמ״א 35.

2. אימוץ של עקרונות תכנון ממקום למקום נדונה בספרות המקצועית בהיבט ביקורתי. החוקרים מדגישים את החובה המקצועית של מתכנן להתאים פתרון תכנוני להיבט המקומי-ייחודי של קהילות ומצבים, ומציינים כי ריבוי פרקטיקות תכנון הוא המענה הבריא למורכבות המאפיינת את בעיות התכנון.

3. המטרות העיקריות אותן נועד לשרת עקרון פיתוח ״צמוד דופן״ הן (1) יצירת פיתוח עירוני אינטנסיבי וקומפקטי עם יתרונות לגודל, ו-(2) שמירת רצף שטחים פתוחים. ספק אם אלה הוגדרו כמטרות תכנון מרכזיות ביהודה ושומרון, מרחב שרובו כפרי ופתוח המתמודד עם תנאים מקומיים ייחודיים גיאוגרפיים, חברתיים ופוליטיים.

4. המסקנה העקרית של חוות הדעת היא כי עקרון ״תכנון צמוד דופן״ חיוני בחלקים העירוניים ביהודה ושומרון אך הישימות, התועלת והחשיבות שבו אינם מובהקים באזור הכפרי של המרחב. מסיבה זו בתכנון מעשי ופרקטי (להבדיל מתכנון תיאורטי), יש לשאוף לקיים ביהודה ושומרון את עקרון ״תכנון צמוד דופן״ כקו-מנחה ומראה דרך, אך יש הצדקה מלאה לבחון אותו בכל מקרה לגופו תוך מתן משקל לתנאים המקומיים הייחודיים, טובת האוכלוסיה, השפעתו על קבוצות מוחלשות ומדיניות הממשלה.

5. מסקנה זו נכונה לכלל התכניות, לרבות אלה המוגשות על ידי או עבור האוכלוסיה הפלשתינית. ככל שחוות דעת זו תאומץ, עקרון השויון יחול על שתי קבוצות האוכלוסיה המתגוררות במרחב, ועל מועצת התכנון תחול החובה לשקול בלא משוא פנים את התנאים, הנימוקים והשיקולים שיתמכו בעמידה על עקרון ״תכנון צמוד דופן״ או יובילו לחריגה ממנו, בכל מקרה לגופו. סדרת נימוקים ושיקולים מוצעת בנייר זה.

6. כמו כל תפיסה תכנונית הרלוונטית למקום ולזמן, יש לבחון את הגישה המוצעת בנייר זה אחת לפרק זמן ולעדכנה בהתאם להקשר החברתי-כלכלי-גיאוגרפי-פוליטי הרחב.

קפלן 2, ירושלים ת.ד 6158 מיקוד 91132 ט.02-6701452/3 פ.02-5670617 דוא״ל. tichnun@moin.gov.il www.moin.gov.il

מבוא – תיאוריות תכנון ועקרונות תכנון

7. תיאוריות תכנון פוסט מודרניסטיות מצביעות על מורכבות הבעיות התכנוניות במרחב, הסקאלה הרחבה של פתרונות אפשריים והטבע הכאוטי של החברה בת-זמננו; פרגמנטציה, תופעת ה"שבטיות" והרב-תרבותיות, ריבוי אינטרסים מתנגשים, ומסיקות שאין עקרון תכנוני אחיד הראוי להנחיל למרחב ולא קיים פתרון מוצלח אחד לבעיות[1].

8. מתכננים פוסט מודרניסטים סבורים שהתכנון המודרני נכשל בנסיון לייצר עקרונות תכנון זהים רציונאלים ואוניברסאלים, עבור מרחב מגוון משתנה ורב-תרבותי, המאופיין בכלכלה גלובלית ושינויים טכנולוגיים המהירים. הפוסט מודרניסטים נוקטים בגישה של ריבוי פרקטיקות תכנוניות ומדגישים את ההיבט המקומי והייחודי שאליו יש להתאים פרדיגמה תכנונית שאף תאפשר להתמודד עם אי הודאות הנוכחת תמיד[2].

9. ג'ון פורסטר במאמרו על "סינגור תכנוני" מחדד את הקונפליקט שבין פתרונות תכנון אחידים לבין צורכי החברה המגוונים[3]: We should stop looking for a unified field theory, a single common measure of excellence…and we should instead explore the real possibilities to improve planning practices so that they serve the human need".

10. גם ביחס לעקרון התכנוני הרווח והמקובל לפיו יש למקד את התכנון ב"טובת הציבור", מתקיים דיון נרחב בספרות המקצועית העוסק בשאלות כגון, מי מגדיר מה היא 'טובת הציבור', מי הוא הציבור, כיצד מזהים את עמדתו, מה הוא הגבול בין טובתם של פרטים רבים לבין טובת הציבור, אלו חלקים של הציבור יהנו מהפעולה המתוכננת, האם הם יהנו באופן שויוני, מי ייפגע ומהי מידת הפגיעה, מהו המודל לבחינת עלות תועלת של פעולה לטובת הציבור, ועוד[4].

11. לא לחינם הוגדרו סוגיות תכנוניות על ידי הורסט וובר[5] כ"בעיות זדוניות" (Wicked Problems) שהרי אין הסכמה על הגדרתן, על הגורמים להן, בוודאי לא על הפתרונות אך גם לא על הקריטריונים לבחינת פתרונות אפשריים. סוגיות חמקמקות שאין להן פתרונות ברורים, אין קשר ישיר בין הפעולה התכנונית לבין התוצאה, והן תמיד מעורבות עם בעיות חיצוניות שאינן יכולות להפתר באמצעות התכנון.

---

1 Geoge Hermmens, "The Postmodernists Are Coming", **Planning**, vol. 58 No. 7 (July 1992)

2 Judith E. Iness, "The Planners' Century**", Journal of Planning Education and Research**, Vol. 16, No. 3, (spring 1997)

3 John Forester, "Bridging Interests and Community: Advocacy Planning and the Challenges of Deliberative Dem ocracy," **Journal of the American Planning Association**, Vol. 60, No. 2 (Spring 1994).

4 Michael Brooks**, Planning Theory for Practioners**, APA, Washington DC, 2002, chapter 4

5 Horst W. J. Rittel and Melvin M. Webber, "Dilemmas in a General Theory of Planning," **Policy Sciences**, Vol. 4 (1973)

12. בהמשך לאופיין ה"זדוני" של בעיות תכנון, טוען ברוקס[6] שתכנון הוא משימה פוליטית בפרופיל גבוה, במובן הרחב של המילה – התכנון נוגע בחיי היום-יום של הציבור והוא זוכה למעורבות גבוהה וחשיפה מתמשכת בקרב אותו ציבור, קבוצות לחץ, תקשורת, נבחרי ציבור, פקידות בכירה, בעלי הון ובעלי קרקע. בספרו הוא מציין שחוקרים רבים מתייחסים לקשר שבין תכנון לפוליטיקה וחלקם מגדירים את הליך התכנון כתהליך פוליטי שכדי להצליח על המתכנן ללמוד את העולם הפוליטי על מורכבויותיו, ערכיו ומטרותיו, ולרתום אותו לטובת הליך התכנון ויישומו: "No strategy or model of planning will be effective if its user is politicly inept"[7].

13. לסיכום נושא זה, ניתן לומר בקצרה כי (1) עקרונות תכנון נועדו לשרת מטרה (או מספר מטרות), ולכן הם עשויים להיות שונים ממקום למקום ומתקופה לתקופה. (2) תכנון הוא חלק מהקשר רחב יותר, שהתעלמות ממנו איננה מקצועית ותייצר תכנית יפה למגירה.

14. בהמשך לאמור לעיל, להלן ניתוח ביחס לגופם של דברים.

<u>**עקרון "תכנון צמוד דופן" לפי תמ"א 35**</u>

15. עקרון תכנון "צמוד דופן" הוא עקרון תכנוני מרכזי וראוי, הדיון איננו נסוב על חשיבותו וחיוניותו, אלא במידת התאמתו לשמש עקרון תכנוני מוביל וקריטריון נוקשה לתכנון שימושי הקרקע במרחב יהודה ושומרון בעת הזו.

16. עקרון "תכנון צמוד דופן" התגבש לראשונה בתכנית האב "ישראל 2020" שהוכנה בתחילת שנות ה-90. התכנית בחנה את עקרונות התכנון ששלטו במדינה בעשורים הראשונים להקמתה ובטאו את מדיניות הממשלה ליישב את הארץ בדגש על הקמת יישובים חדשים קטנים ומפוזרים, יצירת רוב לאוכלוסיה שאיננה מתגוררת בערים, וחיזוק החקלאות והייצור החקלאי.

17. "ישראל 2020", על רקע גל העליה הגדול של שנות ה-90, הצביעה על המחסור הצפוי בקרקע ועל חוסר היעילות שבפיזור מוקדי התיישבות והציעה עקרונות תכנון חלופיים לאלו ששלטו בכיפה. הבולט שבהם היה עקרון "הפיזור המרוכז": פיזור האוכלוסיה מהמרכז לפריפריה במוקדי פיתוח עירוניים ממוקדים וקומפקטיים.

18. תמ"א 35 שהוכנה בין סוף שנות ה-90 לאמצע שנות האלפיים, המשיכה את דרכה של "ישראל 2020" וטבעה את המונח "צמוד דופן" המתאר את העקרון על פיו יש להמנע מנקודות פיתוח חדשות במרחב ולהתמקד בעיבוי וחיזוק מוקדי פיתוח ויישובים קיימים.

19. עם זאת, תמ"א 35 התייחסה להקשר הרחב של התכנית בישראל ולמדיניות הממשלה ולכן, למשל, לא מנעה הקמת יישובים חדשים על אף שיישוב חדש בהגדרה סותר את עקרון "תכנון צמוד דופן".

---

[6] ראו הפניה 4 פרק 1 "Planning Practice and Political Power"
[7] ראו הפניה 4 עמ' 272.

20. המטרות העיקריות אותן נועד לשרת עקרון פיתוח "צמוד דופן" הן יצירת פיתוח עירוני אינטנסיבי וקומפקטי עם יתרונות לגודל, ושמירת רצף שטחים פתוחים:

פיתוח עירוני אינטנסיבי וקומפקטי עם יתרונות לגודל - ישובים הגדלים באמצעות פיתוח צמוד דופן יעילים יותר מן הבחינה הכלכלית, ריכוז מירב האוכלוסיה במוקדים יאפשר לספק שירותי ציבור איכותיים ומגוונים יותר מאשר בישובים קטנים ומפוזרים, הפיתוח הקומפקטי תומך בהקמה של הסעת המונים ותחבורה ציבורית, ההוצאות המוניציפאליות קטנות יותר, ניתן לפתח תעסוקה במקום ולצמצם את תופעת הפירבור.

שמירת רצף שטחים פתוחים – לצורך שימור המגוון האקולוגי, אתרי טבע ומורשת, יצירת חיץ בין מוקדי פיתוח, מרחבים פתוחים לטובת הציבור בהיבטי ספורט, בריאות, פנאי ונופש, ויצירת "דמות הארץ" המושתתת על פאזל משולב של שטחים פתוחים ושטחים בנויים.

21. הכללים שקבעה תמ"א 35 לעניין "צמוד דופן" מתייחסים **לצמידות דופן בין תכניות**, ולא לצמידות דופן בין שטח בנוי בפועל לבין תכנית.

22. ככלל, תמ"א 35 קובעת שתכנית מתאר מחוזית חדשה חייבת להיות צמודת דופן לתכנית מתאר מחוזית קודמת, ובמקרים מסויימים גם תכנית מקומית או מפורטת צריכה להיות צמודת דופן לתכנית מקומית או מפורטת קודמת. תמ"א 35 קבעה כללים וחריגים לעקרון זה כמפורט להלן:

(א) חריגים לתכניות מתאר מחוזיות שככלל חייבות בתכנון צמוד דופן –

- בתחומי **מרקם עירוני** (שטח הכולל מספר ישובים עירוניים ואת השטחים והישובים הכפריים שבינהם) שאיננו במחוז מרכז, אין חובה לתכנון צמוד דופן, אם השטח בין המתחמים מתאים להיות גם הוא מתוכנן בעתיד לפיתוח.
- בתחומי **מרקם כפרי** (שטח חקלאי מישורי או גבעי באופיו המעובד ברובו בגידולי בעל או שלחין ומשובץ בישובים חקלאיים וכפריים), אין חובה לתכנון צמוד דופן, אם השטח בין המתחמים מתאים להיות גם הוא מתוכנן בעתיד לפיתוח.
- בתחומי **מרקם שמור ארצי** (מזרח רמת הגולן והנגב מדרום לבאר שבע) אין חובה לתכנון צמוד דופן עבור תעסוקה מלונאות ותיירות או לשימושים המחייבים מיקום בשטח פתוח.
- **בכל שטח הארץ** אין חובה לתכנון צמוד דופן עבור הרחבת מוסד ציבורי, מערכות תשתית, שירותי תיירות.

(ב) כללים לתכניות מתאר מקומיות לעניין תכנון צמוד דופן:

- בתחומי **מרקם עירוני, מרקם כפרי ומרקם שמור ארצי** – אין חובה שתכנית מתאר מקומית או מפורטת תהיה צמודת דופן לתכנית קודמת.
- בתחומי **מרקם שמור משולב ומרקם חופי** חובה שתכנית מקומית או מפורטת חדשה תהיה צמודה לתכנית מקומית או מפורטת קודמת, **למעט:** תכנית שיש הצדקה למיקומה בשטח פתוח, היא משתלבת בסביבה, איננה פוגעת ברציפות השטח הפתוח, עונה על מספר קריטריונים נוספים המפורטים בתמ"א והובאה לאישור המועצה הארצית.

23. תמ״א 35 שרטטה בקוים עדינים ומורכבים את עקרון ״תכנון צמוד דופן״, תוך שהיא מבחינה בין סוגי תאי השטח השונים בתוך המרחב, מתייחסת לשכבות התכנון השונות (מחוזיות מקומיות ומפורטות), ומאפשרת גמישות מעקרון זה במקרים אותם הגדירה.

24. תמ״א 35 לא בחנה את מטרות התכנון במרחב יהודה ושומרון, לא אפיינה את תכונותיו הייחודיות של השטח, לא בחנה את ההקשר הרחב שלו ולא נתנה דעתה למידת ההתאמה והיישימות של עקרון ״תכנון צמוד דופן״ באזור זה ולמידת הגמישות הנדרשת ביחס אליו, ולכן אין להעתיק ממנה, Copy Exactly, את עקרונות התכנון שהותאמו באופן ספציפי לישראל ולאזורים שונים בתוכה.

25. בסעיפים הבאים נבחן את ההקשר הרחב ומדיניות הממשלה ביהודה ושומרון אל מול עקרון ״תכנון צמוד דופן״.

<u>עקרון ״תכנון צמוד דופן״ בשטחי יהודה ושומרון</u>

26. עקרון ״תכנון צמוד דופן״ הוא עקרון תכנוני ראוי חשוב ומוצדק לכלל שטחי מדינת ישראל ובכללם לשטחי יהודה ושומרון. אלא שבבחינת ההקשר הרחב של שטחי יהודה ושומרון נראה כי מאפייניו והתנאים המקומיים הייחודיים לו (המפורטים להלן) מחייבים התייחסות לעקרון ״תכנון צמוד דופן״ כאל עקרון מנחה, קו כללי אליו יש לשאוף, ובהחלט לא עקרון נוקשה ומחייב המתעלם ממגבלות המרחב, ייחודיותו ומורכבותו.

27. השלכה של עקרון ״תכנון צמוד דופן״ באופן נוקשה ומוחלט על מרחב יהודה ושומרון, איננו תואם את עקרונותיה של תמ״א 35, אשר טרחה והתאימה את העקרון התכנוני לגוונים של המרחב הישראלי.

התמ״א שרטטה את עקרון ״תכנון צמוד דופן״ כך שיותאם, באמצעות הקשחה או הגמשה, לסוגי האזורים השונים בארץ בהתחשב באופיו ומטרותיו של כל מרחב, ומרחב יהודה ושומרון לא נכלל ביניהם.

28. מרחב יהודה ושומרון מתאפיין בעיקר באופי כפרי וחקלאי, יש בו מיעוט ישובים עירוניים ואלו מצויים בעיקר בשוליו, קיים בו פיזור נרחב של מקבצי מגורים לא גדולים (בחלקם קטנים מאוד ובחלקם אינם מוסדרים). מרבית השטח אינו מרחב מעוייר או מטרופוליני (כיום ובעתיד הנראה לעין), ולכן אחת המטרות העקריות של עקרון ״תכנון צמוד דופן״ – פיתוח עירוני אינטנסיבי וקומפקטי עם יתרונות לגודל – איננה מתקיימת באופן מובהק במרחב זה.

המבנה הגיאוגרפי של המרחב מאופיין בטופוגרפיה הררית קשה המבותרת בואדיות ובשטחים פתוחים נרחבים ורציפים מאופק לאופק שאינם מאויימים על ידי בינוי אינטנסיבי, ולכן המטרה העקרית השניה של עקרון ״תכנון צמוד דופן״ – שמירה על חייצים ורצף שטחים פתוחים בין אזורים בנויים – איננה מתקיימת בכל מקום.

קפלן 2, ירושלים ת.ד 6158 מיקוד 91132 ט.02-6701452/3 פ.02-5670617 דוא״ל. tichnun@moin.gov.il www.moin.gov.il

המרחב נתון תחת החלטת מדיניות שלא לתכנן מקומות ישוב לאוכלוסיה היהודית בשטחים שאינם שטחי מדינה, אולם אלה אינם נמצאים ברצף אחד לשני ומקשים על הרחבת ישובים באופן רציף. לצד הקושי בהרחבת ישובים ברצף ("תכנון צמוד דופן"), מדיניות הממשלה היא שלא להקים ישובים חדשים במרחב (שעל פי עקרונות תמ"א 35 ניתן להקימם שלא ב"תכנון צמוד דופן") אך כן לפעול ככל הניתן להסדרת המקבצים הקיימים שלא בדרך של ישוב חדש.

29. על רקע התנאים הייחודים של המרחב נראה כי:

הישימות של "תכנון צמוד דופן" נמוכה בשל מאפייני טופוגרפיה שאינם מאפשרים פיתוח רציף, בעלויות קרקע שאינן רציפות, מקבצי מגורים נפרדים (הנשענים תיפקודית על ישוב סמוך) אותם מבקשת הממשלה להסדיר שלא בדרך של ישוב חדש.

התועלת מ"תכנון צמוד דופן" המעודד בניית מרחב מעוייר וקומפקטי עם יתרונות לגודל (שירותי ציבור בעלי סף כניסה גבוה כגון בית חולים, אוניברסיטה, תיאטרון, מערכת הסעת המונים) איננה גבוהה בשל אופיו הכפרי הנוכחי והעתידי של המרחב.

החשיבות ב"תכנון צמוד דופן" לצורך שמירה על רצף שטחים פתוחים איננה מובהקת בשל אופיו הפתוח של המרחב שאיננו מאויים על ידי תופעת העיור האינטנסיבי.

30. המסקנה המתבקשת מתיאור ההקשר הרחב של יהודה ושומרון היא כי הישימות, התועלת והחשיבות שבעקרון "תכנון צמוד דופן" אינם מובהקים במרחב זה ולכן בהיבט הפרקטי של התכנון יש לשאוף לקיים את עקרון "תכנון צמוד דופן" כקו-מנחה, מגדלור ומראה דרך, אך יש הצדקה מלאה, בעיקר במרחב הכפרי רחב הידיים, לבחון כל מקרה לגופו ולהפעיל שיקול דעת ביחס לצורך ביישום העקרון תוך הכרה בתנאים המקומיים הייחודיים, טובת האוכלוסיה ומדיניות הריבון.

31. מסקנה זו נכונה לכלל הישובים, האוכלוסיות והפעילות הכלכלית בשטחי יהודה ושומרון, לרבות האוכלוסיה הפלשתינית. ככל שחוות דעת זו תאומץ, עקרון השויון יחול על שתי קבוצות האוכלוסיה המתגוררות במרחב, ועל מועצת התכנון תחול החובה לשקול בלא משוא פנים את התנאים והשיקולים לחריגה מעקרון "תכנון צמוד דופן" בכל מקרה לגופו.

32. השיקולים אותם ניתן לשקול בתכנית שאיננה עונה באופן מלא על עקרון "תכנון צמוד דופן", יכולים להיות:

- האם התכנית עונה על עקרונות מדיניות הממשלה?
- האם אופי הישוב ואורח החיים של האוכלוסיה מצדיק חריגה מ"תכנון צמוד דופן"? למשל, ישוב המשלב חקלאות ומגורים במעורב, מצדיק אישור מגורים שאינם צמודי דופן, בשל טלאים של קרקע חקלאית מעובדת המפרידה בין שטחי בינוי.
- האם המבנה הטופוגרפי, מבנה הבעלויות או זמינות הקרקע מצדיקים הרחבת ישוב שאיננה צמודת דופן?
- האם יכול להתקיים קשר תיפקודי חזק ומלא בין הישוב לבין שכונת ההרחבה גם אם אינם צמודי דופן?

- האם התשתיות האזוריות קיימות במרחב וניתן להתחבר אליהן או שיש צורך בפריסת תשתיות יש מאין? (דרכים אזוריות, פתרון קצה לביוב, רשת מים וחשמל).
- האם ישנה פגיעה מהותית בפרוזדור אקולוגי או ברצף שטחים פתוחים במיקום המוצע? האם יש יתרון בהרחבה שאיננה צמודת דופן של פרוזדור אקולוגי העובר בינה ובין הישוב?
- האם קיים פוטנציאל תכנוני עתידי לחבר בין הישוב והשכונה ברצף?
- האם השימוש המבוקש מתאים להיות דווקא בשטח שאיננו צמוד דופן? כמו תיירות, תעסוקה, מחצבה
- האם הרחבת הישוב במיקום שאיננו צמוד דופן יכולה לאפיין אותה כ"מרכז גושי" לישובי הסביבה?
- האם התכנית משפרת את מצבן של אוכלוסיות מוחלשות ובשל התועלת החברתית שבה מוצדקת חריגה מעקרון "תכנון צמוד דופן"?
- האם יש מי שנפגע מהתכנית שאיננה עונה על עקרון "תכנון צמוד דופן"?
- האם צפויה פגיעה בתכניות עתידיות כתוצאה ממיקום שאיננו צמוד דופן?
- במקרה של תכנית להסדרת בינוי קיים ניתן לבחון האם הבניה נעשתה ביזמת רשויות או ביוזמה פרטית? האם היא תוצאה ממצוקה והעדר אלטרנטיבות למגורים במרחב החיים של אותה אוכלוסיה? כמה זמן היא קיימת? האם ישנה הפרה של צוים שיפוטיים?

33. לסיכום, מורכבות הבעיות התכנוניות במרחב יהודה ושומרון נובעת מהתנאים הייחודיים של המרחב, החברה והממשל באזור. יש קושי באימוץ סטרילי של עקרונות תכנון בכלל ועקרון "תכנון צמוד דופן" בפרט, בלא לערוך להם אדפטציה והתאמה לתנאים הייחודיים של יהודה ושומרון.

בנייר זה הוצע לאמץ את עקרון "תכנון צמוד דופן" ליהודה ושומרון כקו מנחה שאיננו מחייב, תוך שישקלו התנאים הייחודיים בכל מקרה לגופו (ניתן להעזר בשאלות שהוצעו לעיל) ויימצא הפתרון התכנוני השלם ביותר האפשרי לאוכלוסיה בהתאם לקונטקס המאפיין את המרחב, גם אם הפתרון איננו עונה על עקרון "תכנון צמוד דופן" במלואו.

כמו כל תפיסה תכנונית הרלונטית למקום ולזמן, יש לבחון את הגישה המוצעת בנייר זה אחת לפרק זמן ולעדכנה בהתאם להקשר החברתי-כלכלי-גיאוגרפי-פוליטי הרחב.

בינת שורץ- מילנר
מנהלת מנהל התכנון

נספח ה: חוות דעת עו"ד אחז בן-ארי – איחוד וחלוקה באיו"ש

(הקטעים בחוות הדעת, שכללו התייחסות לישיבות פנימיות, הושמטו)

ראו ההתייחסות ב- 527 § - 538 § לדו"ח זה

מדינת ישראל
משרד הביטחון
בלמ"ס

היועץ המשפטי למערכת הביטחון

תאריך:	כ"ח	תמוז	תשע"ה
	15	יולי	2015
סימוכין:	נ-יועמש-150715-005388		

אל: דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ)

הנדון: <u>שימוש באיחוד וחלוקה באיו"ש</u>

<u>רקע</u>

1. בעקבות הדיון שנערך ביום 7.11.2014 בראשותך, נבחן להלן את האפשרות ליישם במקומות מסוימים באזור יהודה ושומרון (להלן: "**האזור**") הליך של איחוד וחלוקה, כמשמעותו בסעיף 31 לחוק תכנון ערים כפרים ובניינים (חוק זמני מס' 79 לשנת 1966) (להלן: "**חוק התכנון הירדני**").

2. מדובר בהליך, אשר עתיד להתבצע במקרקעין בעלי מאפיינים מיוחדים. חלק מהחלקות, אשר ייכללו בהליך של איחוד וחלוקה מוחזקות על ידי מתיישבים ישראלים. ככלל, מצויות חלקות אלה בתחומם של היישובים הישראלים באזור. חלקם האחר של המקרקעין נמצא בבעלות תושבי האזור הפלסטינים או שיש יסוד להניח, שמדובר במקרקעין פרטיים (להלן: "**חלקות פרטיות**").[1] לעתים מצויות החלקות הפרטיות בסמוך ליישוב, אך מחוץ לתחומו ולעתים מדובר ב"מובלעת פרטית" בתחום אדמות המדינה,[2] בהן ניצבים בתי היישוב.

---

[1] בהמשך חוות דעתנו נעמוד על מאפייני זכויות הקנין המוקנות לתושבי האזור הפלסטינים במקרקעין נושא חוות דעתנו. נאמר כבר עתה, כי זכויות אלה במקרה הנפוץ אינן עולות כדי בעלות של ממש והן מסתכמות בזכות מצומצמת יותר, אשר מקנה לתושב את האפשרות להחזיק ולעבד את המקרקעין (זכות המכונה "תצ'רוף"), כאשר בידי הריבון נשארת זכות הבעלות הערטילאית בקרקע (המכונה "רקאבה"). הסדר זה, אשר נקבע ב**חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1858** (להלן: "**חוק הקרקעות העות'מאני**"), עומד על כנו גם כיום.

[2] בהמשך חוות דעתנו נעמוד על משמעות המונח "אדמות מדינה". בשלב זה נאמר, כי מדובר ככלל, במקרקעין שאינם רשומים במרשם סדור והם נתונים לריבון - הוא השלטון המרכזי - מכוח הוראות דיני המקרקעין המהותיים - בהם חוק הקרקעות העות'מאני. במקרה הנפוץ ידובר במקרקעין שמעולם לא הוקצו לפרט (במקרה כזה זכויותיו של הריבון בהם נגזרות מתפיסתו כבעלים השיורי של כלל המקרקעין באזור) או במקרקעין שזכויותיו של הפרט בהם התפוגגו, בהתקיים אחד האירועים הקבועים בחוק (דוגמת זניחת מקרקעין הראויים לעיבוד או מותו של בעל הזכויות במקרקעין בלא שאירים חוקיים); להרחבה ראו - **א' בן-שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל** - 1953, ע' 30.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

3. מיקומם היחסי של המקרקעין המוחזקים על ידי המתיישבים הישראלים ושל החלקות הפרטיות, יוצר לא אחת אתגר של ממש בכל הנוגע לאפשרות העומדת לבעלי הזכויות לנצל את רכושם; האתגרים האמורים מתעוררים בהקשרים שונים, שאין ביניהם קשר פנימי. כך, לא אחת נשללת גישתו של תושב פלסטיני לקרקעותיו מסיבות הקשורות בביטחון היישוב הישראלי - או לכל הפחות נשללת גישתו החופשית לאדמות אלה. מנגד, קיומן של חלקות פרטיות בלב היישוב מכתיב לא אחת את צורת פיתוחו של היישוב ובמקרים רבים מהווה מכשול תכנוני ממשי לפיתוחו הרציף.[3]

4. עם אתגרים מרכזיים אלה מוצע להתמודד באמצעות נקיטת הליך של איחוד וחלוקה. נזכיר, כי מדובר בהליך, המתבצע אגב תכנון של אזור מסוים, והוא כולל שני שלבים: בשלב הראשון כלל הזכויות במקרקעין באזור ממוזגות למעין "בנק זכויות" אחד;[4] במסגרת זו ניטלות הזכויות של בעל המקרקעין המסוימים (המגרשים המקוריים); בעלי המקרקעין הופכים ל"מעין שותפים" בכלל האדמות בתחום התכנית. בשלב השני, מתוכנן המרחב מחדש ובמסגרת זו מוקצים לבעלי הזכויות מגרשים במיקום ובצורה, אשר תואמים את התכנית החדשה.[5]

5. במסגרת ההליך של איחוד וחלוקה, מתבצעת לא אחת הפרשת שטחים לשימושים ציבוריים שונים (יצירת שטחים פתוחים, ייעוד מקרקעין לצורך הקמת מבני ציבור, התווית דרכים וכו'). כפועל יוצא מהפרשה זו, קטן שטחן של סך כל המקרקעין ב"בנק" והמגרשים החדשים, שמוקצים לבעלי הזכויות, עשויים להיות קטנים יותר מהמגרשים ב"מצב הנכנס". עם זאת, הפרשת שטחים לצורכי הציבור, כמו עצם תכנונו של האזור מחדש, בדרך כלל מעלה את ערכם של המקרקעין במרחב ועל כן בעלי הזכויות לא ניזוקים מההמהלך. אם בכל זאת ישנה פגיעה בבעל זכות כלשהו, כולל ההליך מנגנון פיצוי בעל הזכות הניזוק, באמצעות ביצוע תשלום כספי.[6]

---

[3] ראו דוגמאות, המובאות בחוברת "דיני התכנון והבנייה ביהודה והשומרון", משרד הפנים, מפעם-2008 (ע' 50 וכן בנספחים 13, 14).

[4] נהוג להתייחס לשלב זה כאל "פולינג" (מלשון "POOLING") - ראו את חיבורה של פרופ' רחל אלתרמן - Rachelle Alterman, Much More Than Land Assembly - Land Readjustment for the Supply of Urban Public Services, Analyzing Land Readjustment: Economics, Law and Collective Action, Lincoln Institute for Land Policy, 2007 (**אלתרמן**) וכן **בבג"ץ 4914/91 איראני נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4), 749, 767 (1992) (להלן: "**פרשת איראני**").

[5] לתיאור עיקרי הליך איחוד וחלוקה בפרשת איראני בספרו של פרופ' א' נמדר "**פגיעה במקרקעין (פיצויים בגין נזקי תכנית)**", מהדורה שנייה, התשס"ח-2008 (**נמדר**) (ע' 246).

[6] ראו בסעיף 122(3) **לחוק התכנון והבנייה**, התשכ"א-1965 (להלן: "**חוק התכנון והבנייה**" או "**חוק התכנון הישראלי**").

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

6. הליך של איחוד וחלוקה קיים בשיטות משפט שונות ברחבי העולם; מקורו של ההליך בארץ - ב**פקודת בנין ערים (1936)** המנדטורית.[7] לאחר קום המדינה וסיפוחו של האזור על ידי ממלכת ירדן, התפתחו דיני התכנון והבנייה בישראל ובאזור באופן עצמאי ואולם המוסד של איחוד וחלוקה מצא את דרכו לחוקי התכנון הן בישראל והן בירדן. בישראל, מופיעים הכללים בעניין בסימן ז' לפרק ג' לחוק התכנון והבנייה - סעיפים 120 עד 128. באזור, כלולות ההוראות המסדירות את נקיטת ההליך בסעיף 31 לחוק התכנון הירדני. יש לציין, כי הן באזור והן בישראל, על אף השוני בעיצובו החקיקתי של ההליך, שמרו המחוקקים על שלביו העיקריים, כפי שהם תוארו לעיל.

7. ניתן לראות, כי במסגרת ההליך עשויות להתעורר שאלות בתחום דיני התכנון והבנייה (בכל הנוגע לזהות הגורם, אשר רשאי ליזום את התכנית, רמת הפירוט של התכנית, שיקולים שעניינם שיעור המקרקעין שיוקצו לצורכי הציבור וכן השאלה, האם הקצאה כזו מתחייבת מהוראות הדין, הפיצוי בגינה ועוד) והן בתחום דיני הקניין. נוכח אופי ההליך של איחוד וחלוקה, ניתן לומר, כי השאלות בתחום דיני הקנין - הן השאלות המרכזיות, אשר עשויות להתעורר במסגרתו. ברור, כי הסוגיה אשר עומדת במוקד ההליך של איחוד וחלוקה, עניינה העברה מרצון או שלא מרצון של זכות הבעלות במקרקעין מסוימים מאדם לחברו או הקצאת חלק ממקרקעין לשימושים ציבוריים.

8. בענייננו, לשאלות אלה יש להוסיף רובד משפטי נוסף, הוא הוראות המשפט הבין לאומי, אשר עוסק בדיני התפיסה הלוחמתית. הוראות המשפט הבין לאומי, כפי שפורשו על ידי בית המשפט העליון, מציבות דרישות מיוחדות ומוגברות כלפי רשויות האזור, בכל הנוגע לשמירה על זכות הקנין של תושבי האזור.

9. בחוות דעתנו נתייחס בעיקר להיבט ה"קנייני" של הליך; מובן, שבחינתנו לא תוכל להיות מנותקת מההקשרים הקונקרטיים של המציאות המורכבת באזור. כידוע, כיום עומדים על הפרק המקרים רבים, בהם מתבקשת בחינת האפשרות להסדיר את מעמדם של מקרקעין מסוימים הנמצאים בישובים הישראלים באזור - לעתים במסגרת גיבוש עמדת המדינה בהליכים המתנהלים בפני בית המשפט העליון או בבתי משפט אחרים. בעבר הוגשו עתירות, בהן הועלו שאלות בעניין מעמד המקרקעין ביישובים ומאחזים, דוגמת עלי, נתיב האבות, בית אל, עופרה ועוד. יישובים ומאחזים האמורים שונים אלה מאלה הן במאפייניהם

[7] סעיפים קטנים 14 (2)(י"א) ו-14(2)(י"ב) לפקודה קובעים כך: "**תכנית לבנין ערים, שהוכנה או נתקבלה עפ"י סעיף זה ... תטפל אף בעניינים הבאים: ... סידור מגרשים מחדש ע"י שינוי תחומיהם או ע"י צירופם של שני מגרשים או יותר למגרש אחד בבעלות משותפת וזאת בהסכמתם של הבעלים... הקצאת מגרשים לכל בעל קרקע שנושל מן הקרקע לצורך גישומה של התכנית**".

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

הפיסיים והן מבחינת מעמדם הסטטוטורי: חלקם הוקם לאחר הליך סדור של הכרזה על אדמות מדינה והקצאת המקרקעין בתחומם לתושביהם; חלקם האחר נבנה ללא נקיטת הליך כלשהו של הכרזה ומבלי לקיים הליך תכנון סטטוטורי. השוני במקרים הקונקרטיים, אשר עומדים על הפרק (ואף כאלה שעשויים לעלות על הפרק בעתיד), מוסיף קושי לבחינת אפשרות השימוש בהליך של איחוד וחלוקה בעניינם.

10. בחוות דעתנו שלהלן לא נתייחס לכל המקרים הקונקרטיים, הנמצאים כעת על הפרק ואף לא לכל רובדי הדין, אשר יכולים לכלול נורמה משפטית ביחס לאפשרות להיעזר בהליך של איחוד וחלוקה לשם הסדרת מעמדם של מקרקעין מסוימים בכלל יישובים באזור. כמו כן, לא נקיף את השיקולים הרוחביים, אשר יכולים להשליך על אפשרות זו; לא נוכל למצות את הדיון בכל הנוגע לנורמה של המשפט הבינלאומי, לה מחויבת מדינת ישראל. בחוות דעתנו נתמקד בדיון באותו רובד קנייני, שהעיסוק בו מתחייב בהליך של איחוד וחלוקה. במסגרת הדין ניגע בהיבטים המצוינים לעיל, ככל שיש להם זיקה לענייננו.

11. נקדים את המאוחר ונציין, כי מסקנתנו המרכזית היא, כי **אין פסול בשימוש בהליך של איחוד וחלוקה לשם תכנונם של מקרקעין באזור**. לזהותם של בעלי הזכויות במקרקעין אין חשיבות מכרעת בכל הנוגע לעצם האפשרות להשתמש במכשיר איחוד וחלוקה; כך, אין פסול בכך, שמקצת בעלי הזכויות יהיו תושבי האזור הפלסטינים ומקצת מתיישבים ישראלים או הממונה על הרכוש הממשלתי. מסקנה זו נסמכת על ניתוח של הנורמה המשפטית המחייבת את רשויות האזור והיא אפשרית ככל ש**בבסיס התכנית עומדים שיקולים תכנוניים ענייניים**. מכאן שנקיטת ההליך של איחוד וחלוקה בכל מקרה קונקרטי מחייבת הפעלת שיקול דעת ו**התייחסות לנסיבותיה הפרטניות של התכנית המוצעת**; מטבע הדברים, התייחסות כזו חורגת מהבחינה, שתבוצע במסגרת חוות דעתנו שלהלן.

12. להלן פירוט חוות דעתנו.

<u>איחוד וחלוקה - מבט כללי</u>

13. תכנית לאיחוד וחלוקה היא אחד המכשירים התכנוניים, המאפשרים למתכנן מרחבי, לרשות מקומית או לבעלי המקרקעין, להתאים את אופן חלוקת הזכויות באזור מסוים לתכנית חדשה. נהוג לקשור את היווצרות ההליך של איחוד וחלוקה להליכי העיור ברחבי העולם.[8] מדינות רבות קלטו את ההליך של

[8] ראו במאמרה של אלתרמן, עמ' 57, 62.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

איחוד וחלוקה לדינן המקומי. ה"משתמשות הבולטות" של המכשיר כוללות את המדינות המפותחות והמתפתחות, בהן יפן וגרמניה, תורכיה, ועוד.[9] ישראל היא אחת המדינות, בהן הפך ההליך של איחוד וחלוקה למכשיר מרכזי בארגז הכלים העומד לרשותו של המתכנן. יש הטוענים, כי ישראל נמנית עם המדינות, שבהן קיימת הפרקטיקה המבוססת והמקיפה ביותר של השימוש בהליך של איחוד וחלוקה תוך פיתוחו של בסיס עיוני, מעשי וסטטוטורי לביצוע ההליך באופן המיטיב עם מטרות התכנון הכלליות ועם בעלי המקרקעין המשתתפים בהסדר.[10]

14. כאמור, בכל הנוגע להיבטיו הקנייניים, מורכב ההליך של איחוד וחלוקה משני שלבים עיקריים: **איחוד** המקרקעין הנמצאים במרחב לכדי יחידה קניינית אחת[11] ובשלב מאוחר יותר - **חלוקתם** של המקרקעין מחדש בין כלל בעלי הזכויות במגרשים המקוריים, כאשר צורתם ומיקומם של המגרשים החדשים מותאמים לתכנון החדש. במסגרת ההליך של איחוד וחלוקה, ככלל מופרש חלק מהשטח לשימושים ציבוריים, שיכולים לכלול הקמת מוסדות ציבור שונים, לשמש להנחת תשתיות ועוד.[12] חלוקת הבעלויות מחדש באמצעות ההליך של איחוד וחלוקה מתבצעת במסגרת תכנית ואיננו יכול להתקיים במנותק מקידומה. בישראל (וכן, על פני הדברים, באזור) אין צורך בעריכת תכנית נפרדת לאיחוד וחלוקה; ההליך נכלל בתכנון מתארי או מפורט ומהווה חלק מהוראות התכנית.[13]

15. השימוש במכשיר של איחוד וחלוקה נועד להביא את צורת ההחזקה במקרקעין במרחב מסוים, אשר ככלל מהווה תוצאה של מסחר בקרקע ושל החזקה "היסטורית" בחלקות אדמה שונות לאופן, אשר תואם את התפיסה התכנונית העכשווית. כאמור לעיל, השימושים הבולטים במכשיר הם בסביבה אורבנית ונחיצותו נקשרת לא אחד לצורך בתכנון מרחב צפוף אוכלוסין; עם זאת כמובן,

---

[9] ראו במאמרם של Yu-Hung Hong and Isabel Brain, Land Readjustment for Urban Development and Post-Disaster Reconstruction Lincoln Institute of Land Policy, Land Lines, 01.2012.

[10] ראו במאמרה של אלתרמן, שם.

[11] יוער, למען הסדר הטוב, כי בישראל נהוג "לדלג" על יצירת יחידה קניינית אחת בפועל. "איסוף המקרקעין" מתבצע בד בבד עם התקדמות הליכי התכנון - מבלי שהבעלות המשותפת שנוצרת כאמור נרשמת בספרי המקרקעין, כך שהאיחוד נושא אופי "וירטואלי" בלבד. עם זאת, אין עובדה זו משנה את מהותו של השלב ובוודאי שאין כל מניעה שהדבר (אשר מקורו בחיי המעשה, ניתן לייחס, על פני הדברים, לשיקולי החיסכון במשאבי הזמן ולמבנה הזכויות במקרקעין, הקיים בישראל) יתבצע בפועל וממילא אין בו כדי לשנות את טיבו של ההליך בכללותו.

[12] הפסיקה הישראלית הכירה בכך שאין הכרח בדבר וכי הליך איחוד וחלוקה יכול שיתבצע ללא יצירת שימושים ציבוריים חדשים במרחב שבו חלה התכנית החדשה (ראו **בע"א 455/06 חלקה 21 בגוש 6539 נ' עיריית הרצליה** (פורסם בנבו) בסעיף 20 לחוו"ד של השופט דנציגר, להלן: "**פרשת חלקה 21**").

[13] לשון סעיף 121 לחוק התכנון והבנייה היא זו: "**בתכנית מיתאר מקומית ובתכנית מפורטת מותר לקבוע גם הוראות ....**"; סעיף 31 לחוק התכנון הירדני קובע הוראה דומה, לפיה "**הוועדה מקומית רשאית ... להחליט על תכנון מחדש של אזור כלשהו... [והיא] תכין תכנית לאזור האמור הקובעת - בין היתר - הוראות בדבר הקצאת חלקות קרקע לכל בעלי הקרקעות באזור ...**").

אין כל מניעה - לא בדין ולא ברציונל התכנוני של המכשיר - לעשות בו שימוש אף בסביבה כפרית.[14]

16. ההליך של איחוד וחלוקה נתפס כמכשיר, שפגיעתו בזכויות הפרט פחותה ממכשירים מקבילים, שמאפשרים הסדרה מחודשת של אזור פלוני תוך יצירת מרחבים ציבוריים, הפרשת שטחים לצרכי הנחת תשתיות או לטיוב פני המרחב - הם הפקעה וייעוד שטחים לצרכים ציבוריים. בספרות ובפסיקה הובעה דעה, אשר יש לה תימוכין אף בחיי המעשה, כי בעלי החלקות במקרים רבים מבקשים להיכלל בהסדר איחוד וחלוקה וזאת מתוך הבנה, כי ערך זכויותיהם יעלה לאחר השלמת ההליך או מתוך הבנה, כי מדובר בהליך שמסב פגיעה פחותה לזכויותיהם, בהשוואה למכשירים המקבילים הנ״ל.[15]

17. עליית ערכן של זכויות בעלי המקרקעין, אשר כאמור, יכולה לנבוע מטיוב פני המרחב במובן הרחב (וכן - משימוש ברגולציה תכנונית דוגמת הגדלת אחוזי בנייה מותרת במגרשים החדשים) והעובדה, כי בסופו של התהליך מקבלים בעלי המגרשים המקוריים מגרשים חדשים באותו מרחב ממש בשווי יחסי זהה - היא זו שמאפשרת לראות במכשיר איחוד וחלוקה אף כאלטרנטיבה ראויה להפקעת וייעוד מקרקעין פרטיים לצורכי הציבור, אשר מבחינתם של בעלי הזכויות כרוכות בוויתור על זכויותיהם בקרקע כנגד תשלום פיצוי כספי.[16]

18. מעבר לתועלת, אשר בדרך כלל עולה מביצוע ההליך של איחוד וחלוקה בעבור בעלי המקרקעין (או לכל הפחות, מעבר לפגיעתם המצומצמת, בהשוואה למכשירים תכנוניים וקנייניים אחרים), נתפס המכשיר של איחוד וחלוקה אף ככלי **יעיל** לפיתוח אזורי, אשר מאפשר לרשויות חסכון במשאבים, אשר נובע מהיעדרו של הצורך ברכישת מקרקעין לצורכי הציבור במסגרת הפקעה.[17]

19. היותו של מכשיר איחוד וחלוקה אלטרנטיבה להפקעה, מאפשרת לרשויות אף לא ליצור מתווים לא יעילים או מלאכותיים לשם שיפוט המרחב וזאת, מאחר שעצם ביצועו של ההליך אינו דורש קיומה של מטרה ציבורית, בשונה מהליך הפקעת המקרקעין. יש להזכיר, כי פיתוח מקרקעין, במיוחד (אך לא רק)

---

[14] מיקומו ה״טבעי״ של הליך איחוד וחלקה בסביבה העירונית איננו מייחד אותו מיתר הכלים התכנוניים של עצם התפתחות דיני התכנון מיוחסת ככלל לתהליכי העיור בעולם (ראו בין היתר במאמרה של אלתרמן, שם)

[15] ראו ב**עע״מ 9316/05 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ׳ בכור** (פורסם בנבו).

[16] יש להזכיר, כי בישראל - מוסדר הליך קבלת הפיצויים בגין פגיעה מתכנית (דוגמת ייעוד מקרקעין ל״שטח פתוח״, שבו אסורה בנייה כלשהי) בסעיף 197 לחוק התכנון והבנייה; הפיצוי בגין הפקעת מקרקעין מוסדר באמצעות הפנייה ל**פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943**. ראו אף במאמרו של עו״ד משה רז כהן, **הפרשת קרקע לצורכי ציבור במסגרת חלוקה חדשה בעקבות פרשת בראון**, מקרקעין ח/4 (2009) (**משה רז כהן**).

[17] שיקולים אלה הוכרו כשיקולים לגיטימיים - ראו ב**בג״ץ 26/70 בר נ׳ שר הפנים פ״ד כד(1) 645, 648-647 (1970)**. נציין, כי תפיסת המרחב הראוי שבו יכולים שיקולים אלה להתקיים השתנתה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך העיקרון ביסוד התפיסה לא בוטל.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

בסביבה צפופה מתבצע ככלל על ידי זכיינים - הם גופים פרטיים, אשר פועלים למטרות רווח. מסירת מקרקעין מופקעים לגופים אלה וכן השימושים הקונקרטיים, להם מיועדים המקרקעין לאחר ההפקעה, מעוררים לא אחת מחלוקת בדבר "צביונם הציבורי".[18] מנגד, הרשויות אינן יכולות לעמוד בנטל פיתוח המרחב באופן עצמאי ובלעדי, ללא היזקקות לגורמים מפתחים פרטיים, וזאת נוכח היעדרם של משאבים ציבוריים זמינים ומספקים.

20. ההליך של איחוד וחלוקה מאפשר כאמור להימנע מקשיים אלה. תפיסה אפשרית על ההליך במקרים רבים היא בכך שניתן לראות בהליכים המתבצעים במסגרתו כמעין התארגנות של בעלי המקרקעין במרחב מסוים במטרה לשפר את סביבתם; הרשות משמשת כרגולטור, אשר מאפשר לבעלי הקבוצה להתגבר על תופעות ידועות של "הולד-אאוט" (holdout), ו"פרי-ריידר" (free riders).[19] במילים אחרות, לפי השקפה כאמור, משמשת הרשות כגורם, אשר מונע את היווצרותו של כשל שוק ומאפשר לבעלי המקרקעין לנהל את אדמותיהם באופן יעיל.

21. הפרשנות לרציונל ההליך של איחוד וחלוקה היא כמובן עניין של תפיסה כללית ואיננו יכול להקיף ולתת הסבר תיאורטי לכלל המצבים, שבהם ניתן לעשות בו שימוש. בחיי המעשה, הרשויות הן אלה שיוזמות את ההליך של איחוד וחלוקה - זאת על אף שההליך יכול להיות מותנע ביוזמה פרטית.[20] עם זאת, פרשנות כאמור מציעה הסבר כולל לאופי ההליך ולהבחנתו מהליך הפקעה במובנו הרגיל; הפגיעה הפחותה הנגרמת לבעלי הזכויות במקרקעין כמו גם הצורך בפיתוח מכשירים משפטיים, אשר נועדו ליצור רגולציה לרצון הבעלים להיכלל בהסדר מעידים על קיומו של בסיס טוב לפרשנות זו.[21]

22. לסיכום פרק זה, משלב ההליך של איחוד וחלוקה אלמנטים תכנוניים וכן - ואולי אף בעיקר - אלמנטים קניינים, שעניינם חלוקה מדש של בעלויות במרחב מסוים באופן התואם את תכנונו החדש של האזור הרלוונטי. עתה נפנה לפירוט המסגרת הנורמטיבית שקובעת את היחס בין האלמנטים האמורים לעיל ומגדירה את פרטי הפרוצדורה של ההליך בישראל ובאזור.

---

[18] ראוי להזכיר בעניין זה את המחלוקת הרחבה, אשר עוררה פסיקתו של בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת קלו (**Kelo vs City of New London, 545 US, 469 (2005)**), במסגרתה הוחלט למסור מקרקעין פרטיים לגוף פרטי עסקי לשם פיתוחו של האזור; פיתוח זה, עפ"י דעת הרוב בפרשה היווה מטרה ציבורית ראויה. בעקבות הפסיקה נחקקו במדינות רבות בארה"ב סטטוטים, המגבילים את השימוש בהפקעה בנסיבות מעין אלה.

[19] ראו בין היתר, **Lloyd Cohen, Holdouts and Free Riders, Journal of Legal Studies, vol. XX, July 1991**, וכן במאמרה של **אלתרמן**, ע' 69; המחוקק הישראלי נתן דעתו לבעיה זו במסגרת **חוק פינוי בינוי (פיצויים), התשס"ב-2006** (ראו את ההוראות המטילות אחריות על בעל נכס, אשר מסרב להתפנות - בסעיף 2 לחוק).

[20] ראו בסעיף 27 להלן.

[21] ראו בפרשת בכור - ה"ש 15 לעיל.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

<u>איחוד וחלוקה - המסגרת הנורמטיבית</u>

.23 להלן נפרט בקצרה את עיקרי הוראות החוק, אשר מאפשרת את ביצוע ההליך של איחוד וחלוקה בישראל ובאזור.

<u>בישראל</u>

.24 ההוראות המסדירות את ההליך של איחוד וחלוקה כלולות בסימן ז׳ לפרק ג׳ בחוק התכנון והבנייה. הוראות הסעיפים 120 עד 128, המרכיבים את הסימן, יוצרות מסגרת שמקיפה את מרבית הסוגיות אשר עשויות לעלות במסגרת ההליך. החוק קובע, כי ההליך של איחוד וחלוקה יכול להתבצע בהסכמת בעלי החלקות או שלא בהסכמתם והוא ננקט אגב תכנון מתארי או מפורט, ברמה מקומית.

.25 החוק קובע את עקרונותיו המרכזיים של ההליך: המגרשים החדשים אמורים להימצא בקרבה האפשרית למיקומם של המגרשים ב״מצב הנכנס״ ולשמור על שווים היחסי (סעיף 122).
בעניין השווי היחסי - הוא מושג היסוד בהליך - קובע הסעיף, כי ״**שוויו של המגרש שיוקצה כאמור ביחס לשוויים של סך כל המגרשים החדשים שנוצרו על ידי החלוקה, יהיה, ככל האפשר, כשוויו של המגרש הקודם של מקבל ההקצאה ביחס לשוויים של סך כל המגרשים הקודמים**״.[22] הסעיף 122 ממשיך וקובע הוראות למקרים, בהם בשל אילוצים שונים, לא ניתן להגיע לשמירה על שווי המגרשים; בעניין זה נקבעו הוראות שעניינן ביצוע תשלום איזון, אשר מבטא את הפרשי ערכם של המגרשים החדשים באופן יחסי למרחב, במצב ה״יוצא״.

.26 יתר הסעיפים בסימן אינם רלוונטיים לסוגיה שבה עסקינן והם עוסקים במנגנון הערר והבוררות ביחס להחלטות הוועדה, רישום הערות ובעלויות במרחב לאחר הפקדת התכנית ואישורה, ביצירת בעלויות משותפות בהסכמה או שלא בהסכמה ועוד. עם זאת, השאלות שעניינן זהות הגורם שרשאי ליזום את התכנית וכן סמכותה של הרשות להפריש שטחים לצורכי הציבור אינן נידונות בהוראות הסימן. לשם השלמת התמונה, נתייחס לשאלות אלה בקצרה.

---

[22] סעיף 122(2) לחוק.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

27. כאמור, חוק התכנון והבנייה אינו מייחס להליך איחוד וחלוקה מעמד מיוחד והוא מאפשר את ביצוע ההליך במסגרת תכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת. מכאן ששאלת הגורם, הרשאי ליזום את התכנית, כפופה להוראות, שבסעיף 61א לחוק. לענייננו, קובע הסעיף בין היתר, כך:

> **"משרד ממשלתי, רשות שהוקמה לפי חוק, חברה ממשלתית שעיקר עיסוקה הוא בפיתוח מבנים ותשתיות, ועדה מקומית או רשות מקומית, כל אחת בתחום מרחבה, וכן בעל קרקע או מי שיש לו ענין בקרקע ... , רשאים להכין תכנית מיתאר מקומית או תכנית מפורטת ולהגישה לוועדה המקומית"**

28. בהקשר הרלוונטי לבחינתנו, מגדיר סעיף קטן 61א(ב1)(1) את בעל עניין כ"**מי שיש לו זכות בחלק מסוים מהקרקע הנכללת בתכנית בשיעור של 75% או יותר ואין בתכנית שהוא מבקש להגיש פגיעה בחלק מסוים אחר של הקרקע הנכללת בתכנית, שהוא אינו בעל זכות בה**".

29. באשר למסגרת הנורמטיבית, המאפשרת להפריש שטחים לטובת הציבור שאף היא אינה מצויה בהוראות סימן ז' לחוק התכנון והבנייה, התגבשה התפיסה, לפיה מהוות הוראות סעיף 26(א) לחוק, אשר קובע, כי "**מקרקעין שהופקעו על-ידי הועדה המקומית או שיש להקנותם לה בדרך אחרת מכוח חוק זה או על פיו יירשמו בפנקסי המקרקעין על שם הרשות המקומית שבתחומה נמצאים המקרקעין, או על שם המדינה...**" המקור הנורמטיבי לנטילה לצורכי הציבור במסגרת ההליך. פסיקת בתי המשפט הכירה בכך שהקניית המקרקעין לצורכי הציבור בהליך איחוד וחלוקה יכולה לנבוע מ"הקנייה בדרך אחרת"; מנגד - הושמעה ביקורת על פרשנות זו;[23] ביקורת זו נמתחה בעיקר על רקע היעדרו של הסדר מפורש באשר לחובת תשלום הפיצויים בגין הפרשת המקרקעין במסגרת הליך איחוד וחלוקה לבעלי המגרשים. בסופו של דבר נקבע, בפרשת בראון, כי יש לראות בנטילת המקרקעין לצרכים ציבוריים במסגרת ההליך - כהפקעה.[24] מאחר שבהמשך חוות דעתנו לא נעמוד על שאלת ההפרשה לצורכי הציבור דווקא בדין הישראלי או על המקור הנורמטיבי המסדיר אותה, לא נרחיב בעניין (ולו בשל העובדה, כי קיים הסדר מפורש בעניין זה בדין האזור ונוכח קיומן של

---

[23] ראו דיון בעניין זה ב **עע"ם 5839/06 בראון נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז מרכז (פרשת בראון)** ובמאמרו של משה רז כהן (ה"ש 16 לעיל).

[24] כך לשון פסק הדין: "**לדעתי נכון יותר, ובפרט לאור עליית קרנה של זכות הקניין, לראות בנטילת קרקעות במסגרת תכנית איחוד וחלוקה כהפקעה. כזכור, המקום היחיד בחוק התכנון והבניה המאפשר נטילה לצרכי ציבור וקובע הוראות בעניין זה, הוא הפרק הדן בהפקעה, פרק ח'. בלא שימוש בהוראותיו של פרק זה לא ניתן לדעתי להפקיע או להקצות קרקעות וזאת גם לא במסגרת של איחוד וחלוקה...**" (ההדגשה הוספה).

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

הוראות מחמירות בעניין במשפט הבין לאומי, עליהן נעמוד בהמשך). נציין, כי בכל מקרה מדובר בנטילה מהפרט לטובת שימוש ציבורי.

<u>באזור</u>

30. המסגרת הנורמטיבית המסדירה את ההליך באזור מצומצמת בהרבה והיא נמצאת בסעיף 31 לחוק התכנון הירדני. זו לשונו:

> **"הוועדה המקומית רשאית, מעת לעת, ולאחר קבלת אישורה של הוועדה המחוזית, להחליט לתכנן מחדש אזור כלשהו, שלא תוכנן בהתאם לתוכנית מאושרת שחלה עליו, או לתכנן מחדש אזור כלשהו שבמקור תוכנן בהתאם לתוכנית מאושרת, אך תכנונו לא תואם לתיקון כלשהו שהוכנס על אזור הבינוי הנ"ל, או בהתאם לתוכנית שחלה במקומה. במידה והוועדה המקומית קבלה החלטה כאמור, עליה להכין תכנית תכנונית לאזור האמור, שתכלול, בין יתר הדברים שאמורה להכיל, הקצאת חלקות אדמה (להלן: "החלקות החדשות"), לכל אלו שבבעלותם אדמות באזור התכנון, בין בבעלות נפרדת ובין בבעלות משותפת (להלן: "החלקות המקוריות"), אשר בשל צורתן, מקומן, שטחן, או מכל סיבה אחרת תואמת לתוכנית המאושרת הנ"ל, לתיקון שהוכנס או לתוכנית המאושרת שבאה במקומה, לפי העניין ותהיינה צמודות, ככל שניתן, לחלקות המקוריות של הבעלים שהוקצו להן החלקות טרם נטילת חלק מהן בתנאי שאחוז הנטילה לא יעלה על 30% משטחן, לכל מטרה מהמטרות קבועות בחוקי החלוקה ונטילת החזקה (ההפקעה), וסך שטחן קרוב, ככל האפשר, לסך החלקות החדשות השייכות לבעלים שהוקצו להם חלקות חדשות (בשם בעל או בשם בעלי החלקות המקוריות שהוקצו להם ורישומן על שמם ברישומי המקרקעין בנוסף לנטילה האמורה באופן שיאפשר תכנון האזור מחדש). ההליכים הקבועים בסעיף 24 לחוק זה יחולו גם בעניין הגשת העררים והדיון באישור התוכנית והוצאתה לפועל"**[25]

31. ניתן לראות, כי ההסדר שבחוק התכנון הירדני דומה להסדר בחוק התכנון והבנייה בכל הנקודות המרכזיות. סעיף 31 קובע, כבישראל, כי יש לשאוף לכך שהחלקות החדשות יהיו צמודות ככל הניתן לחלקות המקוריות, ניתן לכלול

---

[25] התרגום של הסעיף שהובא לעיל מהשפה הערבית טויב והוא שונה במעט מהתרגום המצוי בקובץ החקיקה שהוצאה בשעתו על ידי רשויות האזור, אך איננו שונה ממנו בנקודות העיקריות. בהמשך חוות דעתנו נתייחס לתרגום המצוטט כאל "לשון החוק".

בהסדר חלקות בבעלות נפרדת וכן - בבעלות משותפת, החלוקה והאיחוד מתבצעים במסגרת תכנון ברמה המקומית; מלשון הסעיף עולה בבירור, כי ניתן לנקוט את ההליך הן בהסכמה והן שלא מהסכמה של בעלי החלקות.

32. הוראות הסעיף אינן כוללות הסדר מפורט בכל הנוגע לרישום הזכויות החדשות בספרי רישום המקרקעין.[26] עם זאת, הסעיף קובע הסדר ש"נעדר" מההסדר הישראלי - והוא אף קובע את שיעור השטח שניתן להפריש לצורכי הציבור. הסעיף מעמיד שיעור זה על 30 אחוזים מכלל השטח, שבו חלה התכנית.

33. החוק קובע, כי ה"נטילה" כאמור תשמש את המטרות הקבועות ב"**חוקי החלוקה ונטילת החזקה (ההפקעה)**". הסעיף אינו קובע הוראות מיוחדות בכל הנוגע לזהותו של הגורם, אשר רשאי ליזום את התכנון ומכאן שעל פני הדברים, יחולו, כמו בישראל, הוראות החוק הכלליות.

34. בחזרה ל"נטילת החזקה", יש להעיר, כי המסגרת הנורמטיבית, המסדירה את הליכי ההפקעה באזור כלולה ב**חוק הקרקעות, רכישה לצורכי ציבור, מס' 2 לשנת 1953** (להלן: "**חוק ההפקעה הירדני**"), כפי שהוא תוקן בתחיקת הביטחון.[27] יש לציין, כי הצורך הציבורי מוגדר בחוק ההפקעה הירדני באופן טכני כ"**כל צורך שהחליטה לגביו הממשלה בהסכמתו של המלך כצורך ציבורי**".[28] בשלב זה לא נדון במאפייני הצורך הציבורי במציאות המשפטית המורכבת באזור ונרחיב את הדיבור בסוגיה בהמשך חוות דעתנו.

35. כאן המקום לחזור ולציין כי, הליך של איחוד וחלוקה לא בהכרח יכלול הפרשה לצורכי הציבור והוא יכול להסתיים בהתאמת הבעלויות במרחב לתכנית החדשה, תוך חלוקת המגרשים שנוצרו בין הבעלים המקוריים. העניין נדון הן ב**פרשת בראון** וכן ב**פרשת חלקה 21**, שם נקבע כך (מפי כב' השופט דנציגר):[29]

> **"אשר לתוכניות איחוד וחלוקה במסגרתן אין מופרשים מקרקעין פרטיים לצורכי ציבור, הלכה היא כי תוכניות כאמור שנערכו ללא הסכמת בעלי המגרשים המשתתפים בתוכנית, אינן מהוות הליך של הפקעה"**

[26] דומה, כי לנקודה אחרונה זו רלוונטיות פחותה לענייננו, שכן רוב הקרקעות באזור ממילא אינן מוסדרות או רשומות במרשם סדור. לפי ההערכות כשני שלישים של כלל המקרקעין באזור לא עברו את הליך ההסדר (ראו בעניין זה בחיבורו של **פרופ' אייל זמיר, אדמות מדינה ביהודה ושומרון, סקירה משפטית, י-ם, 1993,** בעמוד 27). מובן, כי בכל הנוגע להליך של איחוד וחלוקה, בהיעדר מרשם המקרקעין במצב ה"נכנס" קיים קושי מעשי (אם כי לא בלתי עביר) לרשום את הבעלויות במצב ה"יוצא".

[27] המפקד הצבאי תיקן את הוראות החוק ב**צו בדבר חוק הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)(יהודה והשומרון)**(מס' 321), התשכ"ט-1969.

[28] סעיף 2 לחוק ההפקעה הירדני.

[29] נזכיר, כי על אף שהייתה דעתו של השופט דנציגר דעת מיעוט, לנקודה זו - הנוגעת לאפשרות לנקוט הליך של איחוד וחלוקה שלא מסתיים בהפרשה לצורכי הציבור - הסכימו כל שופטי ההרכב (ראו בסעיף 6 לחוות דעתה של כב' השופטת פרוקצ'ה).

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

כאמור לעיל, בפרשת בראון נקבע, כי ככל שמופרשים שטחים לצורכי הציבור במסגרת ההליך של איחוד וחלוקה - יחולו בעניין כללים שחלים על הפקעת מקרקעין - לכל הפחות בנוגע לחובת פיצוי בעלי הקרקע. מכך נובע אף, כי ביצוע ההליך ללא הפרשה לצורכי הציבור לא יהיה כפוף לתנאים המחמירים אשר מחייבים את הרשות בבואה לבצע הפקעה. לנקודה זו - האפשרות לנקוט את ההליך של איחוד וחלוקה מבלי להיזקק לבחינת ההצדקה הציבורית בנקיטתו ולמידת תחולתם של דיני ההפקעה על "החלפת הקרקעות" המתבצעת במסגרתו, נחזור בהמשך.

<u>סיכום ביניים</u>

.36 נסכם את הדברים עד כה: הן בישראל והן באזור קיים מוסד של איחוד וחלוקה. בשתי מערכת הדינים מדובר בהליך, אשר ננקט אגב קידומה של תכנית חדשה, ברמת התכנון המקומית. עיצוב המוסד של איחוד וחלוקה בישראל ובאזור דומה והוא כולל את האפשרות לאחד את החלקות למעין "חלקה משותפת" (ולו ברמה רעיונית) ולחלק את הבעלויות במרחב תחולת התכנית בין אותם הבעלים, תוך הפרשת שטחים לצורכי הציבור, במידת הצורך. בשני המקרים מדובר בהסדר, שמקורו הנורמטיבי, ככל הנראה, משותף והוא פקודת בנין הערים המנדטורית, בשינויים שהוכנסו על ידי המחוקק הירדני והמחוקק הישראלי. המכשיר של איחוד וחלוקה זוכה להתייחסות בספרות ובפסיקה כמכשיר תכנוני, בעל יתרונות רבים בכל הקשור לעיצוב פני המרחב ופוגעני פחות כלפי בעלי המקרקעין, בהשוואה למכשירים מקבילים - הם הפקעה לצורכי ציבור וייעוד שטחים למטרות ציבוריות.

.37 על פני הדברים, אילו היינו נותרים במישור "אזרחי" טהור, לא היה מנוס ממסקנה, כי דיני האזור מאפשרים את נקיטת ההליך ללא כל סייג, מלבד הצורך "למלא" את ההסדרים החסרים בדין האזור (דוגמת היעדרו של הליך ערר מסודר וכו') בנהלים ובפרשנות התואמים את חובות הממשל, בראי תפיסת חובות ממשל סביר במשפט של היום.

.38 אלא שאילו היינו מגיעים למסקנה זו כבר עתה, היינו מתעלמים מרובד משפטי נוסף, אשר יש בהוראותיו, כדי להכריע בשאלת האפשרות להשתמש במוסד של איחוד וחלוקה באזור, בנסיבות שעומדות על הפרק. נזכיר, כי המהלך המתוכנן כולל סידור מחדש של מקרקעין, שבעלי הזכויות בהם - המתיישבים הישראלים ותושבי האזור הפלסטינים. השאלה היא אפוא, האם יש בזהותם של בעלי הזכויות, כדי להשליך על אפשרותם להשתתף בהליך - הן בשלב איחוד

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

מגרשיהם ב"מצב הנכנס" והן בשלב חלוקת המקרקעין למגרשים חדשים ב"מצב היוצא".

הגנה על זכויות הפרט בדיני האזור

42. ביסוד הגישה שסוכמה בדיון עומדת קביעה מרכזית, לפיה נקיטת ההליך של איחוד וחלוקה עלול לסכל את מימוש חובותיו של המפקד הצבאי, המוטלות עליו מכוח המשפט הבינלאומי, כלפי אוכלוסיית האזור המוגנת.

43. נזכיר, כנקודת מוצא לדיוננו, כי לפי פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון, האזור מוחזק על ידי שלטונות צה"ל בתפיסה לוחמתית ומכאן שחלות על החזקה זו נורמות המשפט הבינלאומי בתחום זה.[30] להלן נפרט את היקף ההגנה הניתנת לרכוש הפרט במשפט הבינלאומי ונעמוד על הפרשנות שניתנה להוראות אלה על ידי בית המשפט העליון.[31] הנורמה המרכזית, שקובעת את ההגנה הניתנת לרכוש הפרט באזור, כלולה בתקנה 46 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, משנת 1907, (להלן: "**תקנות האג**"), לפיה חל איסור על הממשל הצבאי להחרים רכוש פרטי. זו לשון התקנה:

> "Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated."

44. ניתן לראות, כי הנורמה המחייבת מנוסחת בתקנה באופן רחב והיא נוקטת לשון "החרמה" - "confiscation" כדי לתאר את המעשה האסור. מטבע הדברים, לאורך השנים זכתה התקנה לפרשנויות מרובות, ששרטטו באופן שונה את גבולותיה המדויקים. מבלי להתעמק בעניין יתר על המידה נציין, כי בפרקטיקה בינלאומית, ניתנה לתקנה פרשנות, אשר תואמת מצבים של תפיסה צבאית של שטח אויב לזמן קצר ובמובן מסוים קיים דמיון בין פרשנות הנורמה האמורה לבין האיסור הקיים בעניינה של ביזה בזירת הלחימה ובמועדים הסמוכים להתקיימותה.[32]

---

[30] ראו בפסקי דין רבים, בהם **בג"ץ 1665/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** וכלל הפרשות המוזכרות בהמשך חוות דעתנו (פרשת אסכאן, פרשת מראעבה ועוד).

[31] נציין, למען הסדר הטוב, כי בבחינת הוראות המשפט הבין לאומי בכל הנוגע לאפשרות לבצע את ההליך של איחוד וחלוקה באזור, נתייחס בעיקר לעמדה אפשרית של בית המשפט העליון בישראל ולא נתייחס לדעות המלומדים הזרים; זאת מכיוון שכידוע, הדעה הרווחת בקרבם היא, כי עצם קיומה של ההתיישבות הישראלית באיו"ש מנוגד להוראות הדין הבינלאומי. מכאן שכל מהלך הכרוך בפגיעה בקניין הפרט המוגן ל"טובת ההתיישבות" איננו חוקי. הטענה, כי ההתיישבות הישראלית באיו"ש מנוגדת לדין הבינלאומי נסמכת בעיקר על הוראות סעיף 49(6) **לאמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949, בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה**; ראו סקירה בעניין בספרם של א' זמיר וא' בנבנישתי הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני (1998); ראו אף **בבג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו)(להלן: "**פרשת מראעבה**").

[32] ראו בין היתר במדריכים צבאיים בקנדה ובבריטניה (Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level, Office of the Judge Advocate General, 1999, The Law of War on Land being Part III of

45. מובן, כי במציאות המיוחדת באזור לא יכלה הפרשנות שעיקרה - איסור לפגוע ברכוש הפרט בסמוך למועד הקרבות להישאר על כנה וזאת במיוחד נוכח קיומה של נורמה אחרת, אשר מחייבת את המעצמה הכובשת לשמר את שגרת החיים ולאשר את תפקודם של המוסדות הציבוריים הקיימים באזור התפוס, אלא אם ישנה מניעה לעשות כן - הנורמה הכלולה בתקנה 43 לתקנות האג.[33]

46. לימים עבר מוקד הדיון בעצם חוקיות הפגיעה ברכוש הפרט באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, בכל הנוגע להקשריה האזרחיים, למישור של דיון ב**חוקיות הפקעת מקרקעין בבעלות פרטית**. יש להזכיר, כי בשנים הראשונות של תפיסת האזור - עד ראשית שנות השמונים של המאה הקודמת, נהגו שלטונות האזור **לתפוס** רכוש פרטי לצורך הקמת יישובים ישראלים חדשים, שבאותה עת נחשבו לחלק אינטגרלי של המערך המשרת בעיקר את האינטרס הביטחוני של מדינת ישראל.[34] נוסף על כך, נהגו רשויות האזור לבצע **הפקעות** לצרכים הקשורים להקמת היישובים הישראלים ולפחות במקרה אחד בוסס יישוב חדש בכללותו (מעלה אדומים) על צו הפקעה רחב היקף.

47. **פרקטיקה זו של ביצוע תפיסות והפקעות לשימושים המשרתים בעיקר (או אף באופן בלעדי) את ההתיישבות הישראלית צומצמה בעקבות פסיקת בית המשפט בפרשת דויקאת והחלטת הממשלה מס׳ 145 וכן בעקבות החלטות בית המשפט העליון, שיפורטו להלן.**

48. **בשנת 1980 ניתנה חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה (פרופ׳ יצחק זמיר), בה נידונה שאלת מעמדה של ההתיישבות הישראלית באזור בהקשר של חוקיות ההפקעה לשם ביסוסה. בחוות הדעת גרס פרופ׳ זמיר, כי המפקד הצבאי רשאי (ואף חייב) להפעיל את סמכויותיו למען אוכלוסיית האזור ולמען ההתיישבות הישראלית. לאחר שסייג את קביעתו במספר היבטים, הגיע פרופ׳ זמיר למסקנה, לפיה לא ניתן לעשות שימוש בהפקעה לצורך הקמת יישובים ישראלים חדשים. עוד צוין, כי יש להבחין** ״...בין הפקעה של קרקע פרטית לצרכי קו חשמל, אספקת מים, דרך ציבורית וכיוצא בזה, במיוחד כשהם באים לשמש את כלל האוכלוסייה באזור, לבין הפקעה של קרקע פרטית לצרכים של הרחבת ישוב ישראלי״.

(the Manual of Military Law, The War Office, HMSO, 1958, #287 (פורסם באתר האינטרנט של הצלב האדום).

33 ראו בה״ש 47 להלן.

34 פרקטיקה זו הופסקה בעקבות החלטתו של בית המשפט ב**בג״ץ 390/79, עזת מחמד מוסטפא דויקאת ואח׳ נ׳ ממשלת ישראל ואח'** פד ל״ד (1) (להלן: ״**פרשת דויקאט**״) וכן בעקבות החלטת הממשלה מס׳ 145 (11.11.79), במסגרתה הוחלט להמשיך ולפתח את מפעל ההתיישבות באזור על בסיס אדמות מדינה.

.49 מכאן נעבור לסקירת קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין חוקיות ההפקעה באזור.

.50 פסק הדין המרכזי בעניין חובות השלטון בכל הנוגע לרכוש הפרט בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, תוך איזון בין האיסור הכלול בסעיף 46 לתקנות האג לבין הצורך בהתפתחותו הטבעית של האזור במצב של תפיסה מתמשכת, ניתן במסגרת פרשת אסכאן.[35] נזכיר, כי בפסק הדין עמד בית המפשט על שאלת קיומה של סמכות המפקד הצבאי באזור להפקיע מקרקעין לסלילת כביש 443. בית המשפט קבע, כי על המפקד הצבאי להפעיל את סמכויותיו בהתאם לתכתיביו של המשפט הבינלאומי הפומבי ובהתאם לעקרונות המשפט המנהלי החל בישראל, בכל הנוגע לאופן הפעלת סמכות שלטונית על ידי גורם רשות.[36]

.51 נקבע, כי במצב שבו קיים ממשל צבאי "ארוך-טווח", ניתן לבצע שינוי קבע במערך הזכויות הקניין, ככל ששינויים אלה נדרשים לטובת האוכלוסייה המקומית. בכלל זה אפשר בית המשפט לבצע הפקעת רכוש הפרט, ככל שזו עומדת בתנאים שקבע. זו לשון פסק הדין:

> **"...גישה זו יש בה כדי לאזן בצורה ראויה בין צרכיו של ממשל תקין, הדואג לאוכלוסייה המקומית והמבטיח את האינטרסים שלה לא רק לטווח הקצר אלא גם לטווח הארוך, תוך שאינו מקפיא את התפתחותה אלא מתחשב ב"דינאמיקה של החיים", לבין המגבלה הטבעית, המוטלת על ממשל צבאי שהוא זמני ושואב כוחותיו מדיני המלחמה... סמכותו של המפקד הצבאי מתגבשת בדרך של איזון עדין בין צרכיו של ממשל תקין מזה לבין מגבלותיו של ממשל זמני מזה".**[37]

[35] **בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 785 (1983).
[36] **פרשת אסכאן**, עמ' 792-793.
[37] שם, עמ' 806.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

52. בית המשפט קבע, בכל הנוגע לסמכותו של המפקד הצבאי להפקיע רכוש פרטי והיחס בין סמכותו זו לבין הוראות תקנה 46, כי ניתן לבצע את ההפקעה בהתאם להוראות הדין המקומי - אף בתקופת התפיסה הלוחמתית. בית המשפט קבע שלושה תנאים מצטברים בעניין: (1) מפעיל הסמכות פועל על-פי הדרישות הקבועות בחוק המקומי; (2) הסמכות מופעלת לטובת האוכלוסייה המקומית; (3) הסמכות מופעלת בהתאם נורמות היסוד שבמשפט המנהלי הישראלי.[38]

53. בפרשת איסכאן כזכור, אישר בית המשפט העליון את ההפקעה שנועדה לסלילתו של כביש 443, תוך שאיפשר להפקיע מקרקעין בבעלות תושבי האזור הפלסטינים לשימושים **שמשלבים** את טובתם עם טובתה של מדינת ישראל. לאחרונה, חזר בית המשפט העליון לדיון בהפקעת המקרקעין במקום וקבע **בפרשת אבו צפייה** כך:[39]

> **"כביש 443 – בקטע הרלבנטי – נועד, לפי תקנון התכנית שעל-פיה נסלל ... "לשפר את הקשר התחבורתי בין כפרים בציר בית סירא-ביתוניא ולהעלות את רמת הבטיחות בתנועה". הכביש, שלצורך הרחבתו הופקעו קרקעות מתושבי האזור, נועד, אפוא ... להבטיח את צרכי האוכלוסיה המקומית. ... בצד האמור, תכנונו של כביש 443 לטובת האוכלוסייה המקומית הניח כי הכביש ישרת גם את תושבי ישראל, ואת צרכי התנועה בין האזור לבין ישראל (השוו: עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 790). כפי שהובהר, זה היה המצב עד לשנת 2000..."**

54. מהסתכלות כוללת בהתפתחות הפסיקה בעניין סמכותו של הממשל הישראלי הצבאי לבצע הפקעות וכן בפסיקה נוספת שנוגעת להתיישבות הישראלית באזור ניתן לגזור מספר מגמות, שעשויות להיות רלוונטיות לענייננו.

55. <u>המגמה הראשונה</u> - עניינה יחסו הזהיר של בית המשפט לפרויקטים שעניינם הקמת תשתית ציבורית המבוצעים באזור, אף כאשר הם בעלי "צביון ישראלי" מובהק. באופן כללי ניתן לומר, כי בית המשפט העליון לא בנקל יתערב

---

[38] שם, בעמ' 809.

[39] ראו בה"ש 46 להלן. נקדים ונציין, כי מדובר בפרשה שעסקה אף היא בכביש 443 ובאיסור שהוטל על ידי המפקד הצבאי לכלי רכב פלסטיניים לנוע בכביש. בית המשפט קבע באותה פרשה, כי האיסור שהוטל מעלה סימן שאלה סביב עצם הסמכות להפקיע. יש לציין, כי הפקעה לשימושים משולבים אושרה במקרים נוספים - לדוגמא בפרשת מט"ש עפרה שלהלן.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

בהחלטתו של השלטון להקים תשתית קבע באזור. דוגמא מובהקת לכך היא פסיקתו של בית המשפט בפרשת רכבת ת"א-ירושלים.[40]

56. במוקד הפרשה עמדה עתירתם של תושבי הכפר בית איכסא להורות למדינה להפסיק את עבודות הפיתוח הקשורות להקמת תשתית הרכבת, אשר עתידה הייתה לחבר בין מרכז הארץ לבירה ולבטל את צו ההפקעה שניתן לשם הנחת המסילה.

57. באותה פרשה החליט בית המשפט העליון לדחות את העתירה בשל השיהוי שחל בהגשתה - ובכך נמנע מלדון בשאלה העקרונית של קיום סמכותה של המדינה להפקיע מקרקעין באזור לשם הקמת תשתית תחבורה שעתידה הייתה לשמש (בטווח הקצר) רק את מדינת ישראל.[41]

58. מגמה זו ניכרת אף בקריאת החלטות בית המשפט בפרשות נוספות, דוגמת **פרשת מט"ש עפרה**,[42] **פרשת המחצבות הישראליות**,[43] **פרשת נעלה**,[44] שאליה נתייחס בהמשך, ועוד. אף בפרשת אסכאן עצמה ניתן לזהות ראשיתה של מגמה זו, שכן כאמור, הקמתו של כביש 443 במסגרתו - אושרה על אף קיומה של זיקה ברורה של הכבוש לישראל.

59. <u>המגמה השנייה</u> - עניינה התייחסות של בית המשפט למתיישבים הישראלית בהקשרים מסוימים, אזרחיים וביטחוניים, כאל תושבי האזור. נבהיר: פסק הדין בפרשת אסכאן עסק בדילמה של בניית התשתיות לטובת **המעצמה הכובשת** וכלל לא עמד על היחס שבין התושבים הישראלים לאזור. אף בפסיקה מאוחרת יותר, סוגיה זו לא עלתה על הפרק באופן מובהק, כשאלה **עיקרית** של הליך כלשהו. עם זאת, בהסתכלות על קביעותיו של בית המשפט העליון לאורך השנים, ניתן לזהות מגמה, אשר מבקשת להטיל על המפקד חובה לספק שירותים חיוניים להתיישבות הישראלית באזור כחלק מחובותיו של שלטון סביר.

---

[40] **בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו).

[41] יש לציין, כי עמדתה של המדינה בכל הנוגע להקמת תשתית הרכב הסתמכה על קיומו של תכנון עתידי של קו רכבת שעתיד היה להגיע לעיר רמאללה וכן על סיווג מרבית המקרקעין בטווח המסילה שמקרקעין מסוג מירי, אשר הזכות בעם ממילא פחותה מזכות הבעלות ואינה משתרעת למעמקים; מכאן שתשתית הקו, אשר עתיד להיות מונח בתוך מנהרות בעומק רב, אינה צפויה לפגוע בזכויות הפרט. כאמור, בית המשפט דחה את העתירה על הסף מבלי לקיים דיון לגופן של טענות העותרים.

[42] **בג"ץ 4457/09 מנאע נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו). יצוין, כי במסגרת פסק הדין בעתירה, אשר ביקשה לאכוף צווי הריסה נגד המתקן שהוקם על מקרקעין פרטיים בסמוך ליישוב עפרה, ניתן צו מוחלט, המורה למדינה להימנע מהפעלת המתקן עד הסדרתו. במסגרת פסק הדין לא הורה בית המשפט להרוס את המתקן.

[43] בג"ץ 2164/09 - ראו בה"ש 49 להלן.

[44] **בג"ץ 9717/03 נעלה נ' המנהל האזרחי ליהודה ושומרון ואח'** (פורסם בנבו).

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

60. למגמה זו, שמוצאת ביטוי מובהק בפרשות שעניינן חובות המפקד הצבאי במישור הביטחון והגנה על התושבים הישראלים באזור, ישנן ביטויים אף בהקשרים ה"אזרחיים", הרלוונטיים לענייננו. לא אחת הכיר בית המשפט בכך, שעל רשויות האזור לספק את צרכיה של ההתיישבות הישראלית באזור במנותק ממעמדה הסטטוטורי של נקודת התיישבות זו או אחרת.[45] להלן כמה דוגמאות לפסיקה כאמור.

61. **בפרשת קרית ארבע**,[46] היא אחת העתירות ראשונות שהוגשו נגד הקמת תשתיות, שעתידות היו לשמש את האוכלוסייה הישראלית באזור, דן בית המשפט בגבולות סמכותו של המפקד הצבאי לנקוט לפעול לשם סיפוק צרכיה של ההתיישבות וקבע, כי הוא מוסמך ומחויב להקים רשת חשמל לעיר חברון וקרית ארבע. כך לשון פסק הדין :

> **"אספקת חשמל הדרוש לצרכי האוכלוסיה המקומית שייכת ללא ספק לתפקידים המוטלים על השלטון הצבאי, כדי להבטיח את חייה התקינים של האוכלוסיה. ראינו לעיל, כי אספקת החשמל הנוכחית לעיר חברון עומדת על יסוד רעוע והיא טעונה שיפור בהקדם, וכי אין חולקין על כך ששיפור זה יכול לבוא רק בדרך חיבור העיר אל אחת הרשתות שמחוץ לאזור. <u>צורך זה קיים בהווה ויש למלאו</u>. ... אין יודע כיום כמה זמן יימשך המצב הקיים באזור זה ואילו הם ההסדרים הסופיים שיבואו מקץ השלטון הצבאי. אם יהיה צורך בכך, יוכלו הסדרים כאלה לכלול תנאים מוסכמים להתאמת העובדות הנוצרות עתה אל המצב שישרור לבסוף, אם בדרך רכישה תמורת פיצויים ואם בדרך אחרת. אין איפוא בפעילות הממשל הצבאי לגבי נשוא העתירה הזאת משום הפרה של הסעיף 43 לכללי האג. אדרבא, <u>פעילות זו באה למלא את חובת הממשל לדאוג לרווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האזור. לעניין זה יש לראות את תושבי קרית-ארבע כמי שנוספו על האוכלוסיה המקומית וגם הם זכאים לקבל אספקה סדירה של חשמל</u>."**
> (ההדגשה הוספה)

62. **בפרשת נעלה** הפנה בית המשפט העליון לקביעה כאמור וקבע קביעות נוספות, אשר יש בהן כדי להצביע על קיומן של חובות שלטוניות של המפקד הצבאי כלפי אוכלוסיית המתיישבים באזור, כדלקמן :

---

[45] ראו **בבג"ץ 6982/02 וחידי נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (לא פורסם, 16.8.02).

[46] **בג"ץ 256/72 חברת חשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון ואח'**, פד כ"ז (1) , 124. העתירה עסקה בהפרת תנאי הזיכיון שהיה ניתן לעותרת עוד בימי השלטון הירדני באזור.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל : 03-6975670 פקס : 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

"...לגירסת העותרים, על-פי הכללים של המשפט הבינלאומי, אין מדינה הנמצאת בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית רשאית לנצל את המשאבים המקומיים לטובתה שלה. טענה זו מתבססת על תקנה 55 לתקנות האג...אין האיסור חל מקום שמדובר בפעולה הנעשית לתועלתה של האוכלוסיה המקומית או לצרכים מקומיים. כך למשל סלילה של כבישים בתחומו של השטח הנתון לתפיסה לוחמתית מותרת היא כאשר המשתמשים בהם הינם גם תושבים מקומיים ... יצוין כי כבר נפסק שבגדר אוכלוסיה מקומית יכול שיבואו אף המתיישבים (במקרה אחד נזכרו תושבי קריית ארבע כאשר התעוררה שאלה בדבר אספקת חשמל לאוכלוסיה המקומית: בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון [8], בעמ' 138). נתון נוסף שיש בו כדי להשליך על כל ההתייחסות והתחולה של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי הינו אורכה של התקופה שבגדרה נמצא השטח בתפיסה לוחמתית...כאשר עסקינן בתקופות ארוכות מאוד דומה שקיימת הצדקה להכיר בכך שהמדינה המחזיקה רשאית לנקוט מהלכים שיש בהם כדי להשפיע לאורך זמן על השטח שבתפיסה לוחמתית (עניין אסכאן [7]; וכן ראו בג"ץ 337/71 אלג'מעיה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הבטחון [9], בעמ' 582; ... מן ההחלטה של ועדת ההתנגדויות ומן החומר שהוצג על-ידי שפיר עולה כי התוצרת של המחצבה תשמש אף לעבודות בתחומי יהודה ושומרון, על-כן אין לקבל את טענת העותרים הנסמכת על המשפט הבינלאומי" (ההדגשה הוספה).

63. בפרשת אבו צפייה,[47] שעסקה באיסור שהוטל על ידי המפקד הצבאי על תושבי האזור על נסיעה בכביש 443, ציין בית המשפט כך:

> **"... תושבים המתגוררים בהתיישבות הישראלית באזור (על מעמדה של התיישבות זו ראו עניין חוף עזה, בעמ' 524-527). תושבים אלה נמנים עם האוכלוסייה המקומית באזור (ראו עניין הס, בעמ' 455), הגם שאינם בבחינת "תושבים מוגנים"** (ההדגשה הוספה).

[47] **בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו).

64. לפסיקה בעניינים אזרחיים אלה יש כמובן להוסיף את שלל פסקי הדין שניתנו על ידי בית המשפט העליון בעניין חובותיו של המפקד הצבאי במישורים הביטחוניים וחובתו הכללית המוטלת עליו לשמור על הסדר הציבורי באזור[48] ולהגן על חיי אדם.[49]

65. <u>המגמה השלישית</u> - במקרים מסוימים התמקד בית המשפט באותם פנים של הפרשה שהובאה בפניו, שעניינם **הפגיעה המעשית** ברכוש הפרט, אשר נגרמת על ידי הפקעה או פעולה שלטונית אחרת שעשויה לפגוע בפרט או ברכוש ציבורי כלשהו. ניתן לראות, כי במקרים מסוימים בית המשפט נוטה להעדיף פתרון פרקטי ככל שהפגיעה ברכוש הפרט, אשר נגרמת על ידי פעולה שלטונית הלכה למעשה - איננה רבה או כזאת שעצם גרימתה לעותר הקונקרטי מוטל בספק. ראוי להזכיר בהקשר זה פסק דינו של בג״ץ בפרשת **התחנה המרכזית הישנה בעיר חברון** (**בג״ץ 6492/08 עמותת ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ׳ מפקד כוחות צה״ל בגדה המערבית האלוף גדי שמני**, בו נדחתה העתירה נגד בנייה ישראלית בפלוגת המתקנים בעיר חברון בין היתר בשל היותו של העותר ציבור) וכן **פרשת מט״ש עפרה**, שאוזכרה לעיל.

66. יש להדגיש, כי מגמה זו אינה נושאת בשום פנים ואופן אופי של יחס מתירני מצד בית המשפט ואין לפרש את פסיקתו כנותנת למפקד הצבאי יד חופשית לעשות כרצונו ברכוש הפרט. במקרים רבים חזר בית המשפט על עקרונות היסוד המחייבים את המפקד הצבאי בכל הנוגע לחובותיו לשמור על רכוש הפרט. כך למשל, בפרשת אבו צפייה, קבע בית המשפט, כך:

> **״סגירת הכביש לכלי רכב פלסטיניים מביאה לכך שהכביש משמש בעיקר לתנועת כלי רכב ״פנימית״ בישראל ... [ו] לתנועתם של תושבי יישובים ישראליים הממוקמים באזור... מצב הדברים הנובע מאיסור התנועה הגורף על תושבי הכפרים הינו כי אין מדובר עוד בכביש המשרת את טובתה של האוכלוסיה המקומית, כי אם ב״דרך שירות״ של המדינה המחזיקה. הסדר שזו תוצאתו חורג מסמכותו של המפקד**

---

48 תקנה **43** לתקנות האג, שבדרך כלל משמשת בסיס לקביעת כללים שעניינם שימור המצב המשפטי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית על כנו, מדברת על שמירה על הסדר הציבורי בשטח. לימים קיבלה התקנה מעמד של מעין ״נורמת העל״ (ראו בפרשת אסכאן ובפסקי דין רבים נוספים). כזכור, תקנה **43** קובעת כך:
"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country"

49 ראו **בפרשת מראעבה** וכן **בפרשת הס** (**בג״צ 10356/02 יואב הס נ׳ מפקד כוחות צה״ל בגדה המערבית**, תק-על 2004(1) 2072, בעמ׳ 2081), בו נקבע, כי **״במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האיזור, על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום, במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימות. הגנה כזו חלה על כל סוגי האוכלוסייה המתגוררת במקום - יהודים וערבים כאחד״**.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית. הפועל היוצא של דברינו עד כה הוא כי מגבלות התנועה שאותן הטיל המפקד הצבאי אינן יכולות לעמוד במתכונתן הנוכחית ודינן להתבטל".

67. עם זאת, כאמור, עת מדובר בפגיעה שלתפיסת בית המשפט איננה רבה והנזק הנגרם בפעולה השלטונית העומדת לביקורת איננו נחלתו של עותר מסוים, יטה בית המשפט לפסוק באופן זהיר ומחושב, תוך שהוא מאזן בפסיקתו בין אינטרסים שונים, כל עוד כאמור, אין מדובר בפגיעה בעיקרון הצדק המנחה את הפסיקה בעניין האזור בכללותה. גישה זו של בית המשפט בהכרח מתחשבת במאפייני תפיסת האזור.[50]

68. מהאמור לעיל ניתן לזקק כמה מסקנות ביניים:

א. הפקעת המקרקעין באזור על ידי המפקד הצבאי **איננה אסורה כשלעצמה**, כל עוד היא מקיימת יחס ראוי בין פגיעה ברכוש הפרט לבין מטרותיה ועומדת בתנאים שנקבעו על ידי בית המשפט בפרשת אסכאן;

ב. ביהמ"ש העליון **הסתייג מהפקעת מקרקעין לטובת המעצמה הכובשת**, אך התיר שימושים, המשלבים את הנאתם של תושבי האזור ותושבי מדינת ישראל;

ג. ביהמ"ש העליון קבע באופן מפורש, כי מותר למפקד הצבאי לפגוע בזכות הקניין של תושבי האזור באמצעות נקיטת הליך ההפקעה (בתנאים כאמור לעיל), **נוכח היותה של התפיסה הלוחמתית באזור - ארוכת הטווח**; נקבע, כי אין בהפקעה כזו, כדי להפר את חובות המפקד המוטלות עליו מכוח תקנה 46 לתקנות האג;

ד. ביהמ"ש **לא דן** באופן ממוקד בשאלה, האם ההתיישבות היא חלק מאוכלוסיית האזור במובן "האזרחי", אך קבע כי **התשובה היא בחיוב בכל הנוגע להיבטים הביטחוניים**. עם זאת, הכיר בית המשפט בלגיטימיות של **הצרכים ה"נלווים"** להקמת היישובים - למשל הקמת תשתיות שונות שישרתו את היישובים (חשמל בפרשת קרית ארבע, כבישים בפרשת נעלה, מט"ש בעניין עפרה ועוד).

[50] ראו **בבג"ץ 2164/09 יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור** (פורסם בנבו), שם נקבע בין היתר כך: **"כפי שכבר נקבע פעמים רבות בפסיקתנו, התפיסה הלוחמתית של ישראל באזור היא בעלת מאפיינים ייחודיים, שהעיקרי בהם הוא משך תקופת ההחזקה המחייבת התאמת הדינים למציאות בשטח, המטילה על ישראל חובה לניהול חיים תקינים לתקופה שגם אם מבחינה משפטית היא זמנית, היא בוודאי ארוכת טווח. לפיכך, דיני הכיבוש המסורתיים מחייבים התאמה להתמשכות ההחזקה, להמשך החיים הסדירים באזור ולקיום היחסים הכלכליים בין שתי הרשויות – המחזיקה והמוחזקת".**

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

69. לאמור לעיל יש להוסיף, כי ברבות השנים התפתחה ברשויות האזור פרקטיקה של יישום הכללים שנקבעו בפרשות שהובאו בפני בית המשפט העליון. רשויות האזור מבצעות, כדבר שבשגרה, הפקעות מקרקעין פרטיים באזור, תוך בחינת נחיצות ההפקעה לאוכלוסיית האזור ובמקרה הצורך, תוך בחינת היחס בין השימושים, אשר עתידים להתבצע בתשתית המוקמת במקרקעין והתועלת שתצמח ממנה לתושבי האזור ובין התועלת שתצמח להתיישבות הישראלית או למדינת ישראל. כיום לא קיים רף מוגדר של היחס הראוי בין התועלת שבהפקעה לתושבי האזור המקומיים לבין התועלת מהמהלך למדינת ישראל או להתיישבות הישראלית באזור, אך ברור, כי לא ניתן לאשר הפקעה שלא מקיימת את דרישות הפסיקה או כזאת שמקיימת אותן באופן פורמלי בלבד.

70. מכאן נמשיך ונדון ביחס בין הכללים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בעניין חוקיות הפגיעה בזכויות הקניין של תושבי האזור באמצעות הפקעת רכושם לבין הפגיעה, אשר עשויה להיגרם להם כתוצאה מביצוע הליך של איחוד וחלוקה, במתאר האמור לעיל.

<u>מן הכלל אל הפרט - איחוד וחלוקה</u>

71. הליך של איחוד וחלוקה כולל איחוד מקרקעין באזור מסוים ליחידה קניינית אחת (ולו ליחידה וירטואלית, שאינה נרשמת בספרים כחלקה בבעלות משותפת) והקצאת מרגשים בגבולות חדשים, בהתאם לתכנית, לכלל הבעלים המקוריים. מהלך כאמור יכול להתבצע הן בהסכמת בעלי המגרשים והן - שלא בהסכמתם. במקרה האחרון כופה מוסד התכנון על בעלי המגרשים להיכנס להסדר ולהשתתף בהליך איחוד מגרשיהם וחלוקתם מחדש.

72. המקרים שעומדים על הפרק, עניינם איחוד בין מגרשים בהחזקת המתיישבים הישראלים ומקרקעין פרטיים ("החלקות הפרטיות") של תושבי האזור. על פני הדברים, במקרים הרלוונטיים לבחינתנו יתבצע ההליך שלא בהסכמת בעלי המגרשים, תוך שרשות אזורית כלשהי תכפה עליהם להשתתף בו.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל : 03-6975670 פקס : 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

73. כפי שראינו לעיל, בית המשפט התיר לרשויות האזור להפקיע מקרקעין (ובכך לפגוע בזכות הקנין המוקנית לתושבי האזור) בתנאים מסוימים. אם כן, השאלה העומדת על הפרק היא, האם המהלך הקנייני המתבצע במסגרת הליך איחוד וחלוקה, יש בו כדי להוות פגיעה בזכות הקניין של תושבי האזור באופן, אשר דומה לפגיעה הנגרמת על ידי הפקעת המקרקעין ואם כן - מתי תותר "מעין הפקעה" זו לפי הכללים, שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון?

74. במילים אחרות, האם בהכרח יש בכל הליך של איחוד וחלוקה, בהשתתפות תושבי האזור והמתיישבים הישראלים, כדי להפר את הכלל שנוצר בפסיקה? נראה, כי במסגרת דיוננו בשאלה זו נוכל אף לעמוד על מאפייני אותם מקרים "מיוחדים וחריגים", בהם ניתן יהיה לשקול את נקיטת ההליך של איחוד וחלוקה.

75. כפי שציינו בתחילת חוות דעתנו, אנו סבורים, כי נוכח אופיו המיוחד של ההליך, שכאמור נתפס כהליך פוגעני פחות מהפקעה "רגילה" וכן נוכח קביעותיו של בית המשפט העליון, לפיהן ניתן להפקיע מקרקעין פרטיים, בתנאים מסוימים, בהחלט ייתכנו מקרים, בהם ניתן לשקול לנקוט את ההליך של איחוד וחלוקה במתאר העומד לדיון. להלן פירוט עמדתנו.

<u>**אופיו המיוחד של ההליך**</u>

76. כפי שפירטנו לעיל, להליך של איחוד וחלוקה מאפיינים ייחודים, שמבדילים את אקט הנטילה הקיים בתוכו מהפקעה "רגילה". נזכיר, כי ההליך של איחוד וחלוקה נולד כניסיון לתת מענה לאילוצי התפתחות אזורית, אשר נתקל במכשול של צורת ההחזקה של מקרקעין, שאינה עולה עוד בקנה אחד עם צורכי התכנון. ההליך של איחוד וחלוקה מהווה "מסלול חלופי" למסלול של רכישת מקרקעין כפויה, במסגרת ההפקעה.

77. אף "יעדיו" הקנייניים של ההליך צנועים בהרבה ביחס להפקעה והוא אינו מתיימר לשנות את הרכב הבעלות באזור שבו הוא מתבצע. ההליך יכול להסתיים מבלי שמקרקעין בשיעור זה או אחר עוברים מבעלות הפרט לבעלותה של רשות ציבורית. ייתכנו מקרים, בהם יסתכם ההליך בשינוי צורתם הפיסית של המגרשים, מיקומם וייעודם.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

78. אחת מאבני הייסוד של הליך ייחוד וחלוקה, אשר מבדילות בינו לבין מכשירים שלטוניים מקבילים הוא היעדר "החלפת צורות הקניין" ושמירת הכלל "קרקע תמורת קרקע". נזכיר, כי רק במקרה קיצוני (במונחים של איחוד וחלוקה) משתלמים לאדם, שערך אדמתו פחת כתוצאה מביצוע ההליך תשלומי האיזון. במובן זה קיים הבדל מהותי בין איחוד וחלוקה לבין ההליך של הפקעה, שבמהלכו משמש תשלום הפיצוי לבעל הזכות המופקעת כברירת מחדל.[51]

79. **כל אלה מצביעים על כך, שהליך האיחוד והחלוקה, על אף שהוא יכול לשאת מאפיינים של נטילה שלטונית (והוא בוודאי בעל מאפיינים של כפייה שלטונית), אינו עולה, לפחות במקרים הטיפוסיים, כדי פגיעה ממשית בזכות הקניין בדמות שלילתה המוחלטת של זכות זו, תוך מתן פיצוי כספי - הוא ההליך העומד בליבה של ההפקעה.**

80. כך אף גרס בית המשפט העליון בפרשת חלקה 21, שם כזכור נקבע, כי "אשר לתוכניות איחוד וחלוקה במסגרתן <u>אין מופרשים מקרקעין פרטיים לצורכי ציבור</u>, הלכה היא כי תוכניות כאמור שנערכו ללא הסכמת בעלי המגרשים המשתתפים בתוכנית, <u>אינן</u> מהוות הליך של הפקעה" **(ההדגשה במקור).**

81. כפי שראינו לעיל, האיסור על ביצוע ההפקעה לטובת המעצמה הכובשת, כפי שמאפייניו התגבשו בפסיקת בית המשפט העליון, מתבסס על לשון תקנה **46**, שאוסרת על פגיעה ברכוש הפרט וכי התקנה אינה נוקטת לשון "הפקעה" אלא בלשון "החרמה"; התקנה מדברת על פגיעה חמורה בזכות הקניין. עוד ראינו, כי בית המפשט אפשר להפקיע מקרקעין פרטיים אף לשימושים משותפים של תושבי האזור ושל המתיישבים הישראלים או של תושבי מדינת ישראל - ולא פסל את עצם האפשרות לנקוט הליך של הפקעה על ידי המפקד הצבאי, תוך קביעה, כי איננו מוסמך לעשות כן.

מכאן שניתן לומר בביטחון, כי נקיטת ההליך של איחוד וחלוקה הכוללת פגיעה ברכוש הפרט, שמעצם טיבה פחותה מהפגיעה, שבה כרוך הליך ההפקעה איננה אסורה כשלעצמה וניתן לדון לגופה ולא לשלול אותה על הסף בשל אי חוקיותה.

[51] הן בישראל והן באזור יכולים פיצויי הפקעה להינתן בדמות של קרקע חליפית (ראו לעניין זה סעיף 14ג **לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943** וכן על פני הדברים, אין מניעה לפצות את בעל המקרקעין באזור בהענקת זכות במקרקעין חלופיים). עם זאת, בחיי המעשה, קיים שימוש מועט בתשלום הפיצוי בצורה זו, מסיבות הקשורות למיעוט קרקעות פנויות, הן בעלות מאפיינים, התואמים את ציפיית הנפקע.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

82. כאן המקום להתייחס לטענה אפשרית נוספת: ניתן לחשוב על טיעון, לפיו הפגיעה האסורה בתושבי האזור היא בעצם העברת המקרקעין בבעלותם - להחזקת המתיישבים הישראלים; החלפה זו - ולא ההפרשה (או אי הפרשה) של מקרקעין במרחב לשימושים ציבוריים - היא ההפקעה האסורה. יש לדחות טענה זו, שכן אינה נתמכת בתפיסה שהתגבשה בעניין זה בספרות ובפסיקה. יש לזכור, כי במסגרת ההליך של איחוד וחלוקה לא מתבצעת "החלפת קרקעות" ישירה בין בעלי המגרשים המשתתפים בהליך; הוויתור הראשוני על הזכות הוא לטובת "בנק" הקרקעות המשותף שנוצר. ניתן לומר, כי ברמה העיונית, מדובר בהחלפת זכות במקרקעין מסוימים בזכויות בחלק בלי מסוים בחלקה שכוללת כלל המקרקעין בתחום התכנית.

83. היטיב לתאר את ההליך עו"ד רז כהן במאמרו:[52] "התמונה העולה היא אחת: תכנית איחוד חלוקה קובעת מנגנון ייחודי להפרשת קרקעות לצורכי ציבור. המנגנון הוא בעל מאפיינים דוקטרינריים ייחודיים, שאינם דומים להפקעה המסורתית. השדה המשפטי של כללי האיחוד והחלוקה צומח על בסיס המודל התאגידי: של יצירת פרויקט משותף לכל בעלי הזכויות בתחום על בסיס חלקם היחסי. על הדוקטרינות המשפטיות המתפתחות להתאים עצמן לשדה המשפטי החדש. ההלכות המשפטיות החלות על נטילת הקרקע במסגרת תכניות לאיחוד וחלוקה צריכות להשתלב בהיגיון השזור בהליך".[53]

84. במילים אחרות, העובדה, כי בגבולות הפיסיים של המקרקעין ייעשה שימוש בעל צביון ישראלי, אין בה כשלעצמה להעיד על "החלפה ישירה" שכן המגרשים החדשים ממילא מוקצים מה"מסה המשותפת" שנוצרת במסגרת ההליך. למותר לציין, כי תוצאה מעשית זו יכולה לנבוע אף מנקיטת הליכי ההפקעה הרגילים (שכאמור לעיל, אינם אסורים כשלעצמם).

"ניוד" הזכויות במרחב

85. ניוד של זכויות הבעלות, תוך שמירה על ההרכב הכמותי והאיכותי של הרכוש, אינו ייחודית להליך של איחוד וחלוקה והוא מתקיים אף במסגרת הליכים שלטוניים אחרים. כך, פעולה כפויה מעין זו, שנועדה להסדיר את המרחב ולהביא את מפת הבעלות בו להתאמה לדרישות המציאות העכשווית, מתבצע אף במהלך הליכי ההסדר במקרקעין.

---

[52] ראו בה"ש 16 לעיל.

[53] ראו אף במאמרה של אלתרמן, ע' 67; ראו את תיאור ההליך אף בפרשת איראני, בראון וחלקה 21 הנ"ל.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

86. סעיף 9 לחוק הסדר הקרקעות והמים מס׳ 40 לשנת 1952 (להלן: ״חוק ההסדר הירדני״), מאפשר למנהל או למי מטעמו לטייב את גבולות המגרשים ולשנות אותם, להתוות דרכים ציבוריות ואף לבצע מעין החלפת מקרקעין, ככל שהדבר דרוש לדעתו להסדרת פני המרחב. הרציונל לסמכותו זו של מנהל ההסדר ברור והוא כאמור, בהבאת מפת הבעלויות במקרקעין, שבהם הוחל ההסדר ואשר נוצרו במהלך השנים, מבלי להתחשב בצורכי המרחב, להתאמה לדרישות החיים המודרניים.

כזכור, הליכי ההסדר לפי חוק ההסדר הירדני הותלו בצו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה והשומרון)(מס׳ 291), התשכ״ט-1968 (להלן: ״צו ההתליה״). ביסוד ההתליה עמדו שיקולים הקשורים לזמניות תפיסת האזור, לפגיעה אפשרית בזכויות הנפקדים ממנו ועלויותיו הגבוהות של המשך הליכי ההסדר.[54] מדובר בהחלטה שספק אם ניתן לייחס אותה לשיקולים משפטיים גרידא וחלק לא מבוטל ממנו נבע משיקולי המדיניות.

כך או כך, אין ספק, כי אילו היו מתחדשים הליכי ההסדר, לא היה מנוס מלהפקיד בידי המנהל את הסמכויות שהיו מוקנות בידיו בחוק ההסדר הירדני, לרבות הסמכות שניתנה לו בסעיף 9 הנ״ל. בכלל זה, אין כל ספק, כי היה המנהל רשאי לעשות שימוש בסמכותו זו אף ביחס למקרקעין המוחזקים על ידי המתיישבים ישראלים ותושבי האזור מבלי לייחס משקל מכריע לזהותם של בעלי הזכויות (ככל שמדובר בזכויות בנות רישום).

87. אי אפשר שלא לשים לב לדמיון הרב בין ״סידור מפת הבעלות״ במסגרת זו לבין ״סידור המפה״ במסגרת הליך של איחוד וחלוקה. ניכר, כי בשני המקרים מדובר בהליך שלא נועד לפגוע בקניין פרטי והיא מתבצעת (במובן זה שבמסגרת הליכים כאמור ״משונעות״ זכויות ההחזקה מחלקה לחלקה אחרת) כתוצר אגבי של הסדרת המרחב, רישום הזכויות בצורה בהירה ותואמת את אופי המרחב וכד׳.[55]

---

[54] ראו בדו״ח ״ועדת זמיר״ - ועדת מומחים בראשותו של פרופ׳ א׳ זמיר שמונתה על ידי היועמ״ש לממשלה לשם בדיקת מערך רישום המקרקעין באזור (הוגש בשנת 2005 - לתיאור המדובר ראו בפרק ב׳ בדו״ח).

[55] להשלמת התמונה נוסיף, כי בחקיקת האזור ישנם מקרים נוספים, שבהם מוסמכות רשויות האזור להתערב בקביעת גבולות המגרשים ואף לכפות את ״צורת הקנין״ בקרקע. כך, הממונה על הרכוש הממשלתי מוסמך לבצע ״פירוק שיתוף מנהלי״ ולהפריד חלק בחלקה המוחזקת על ידו ועל ידי בעלי הזכויות הפרטיים ״במושע״ באופן המשקף את שיעור זכותו במקרקעין (סעיף 2א ל**צו בדבר רכוש ממשלתי** - ראו בה״ש 60 להלן); יודגש, כי מדובר בסמכות חריגה והשימוש המעשי בה מוגבל למקרים יוצאי דופן בלבד. לפי הנוהל הקיים, המגרשים הנוצרים כתוצאה מפירוק השיתוף לפי **חוק חלוקת נכסי דלא ניידי משותפים מס 48 לשנת 1953** צריכה להיות מאושרת על ידי לשכת התכנון במנהל האזרחי - בדומה להליך הקיים בישראל.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

תרומתו של הליך התכנון בהסדרת המרחב

88. ההליך של איחוד וחלוקה כזכור, מתבצע אגב תכנונו המחודש של אזור מסוים. כאן המקום להתייחס לתפקידו המיוחד של הליך תכנוני באופן כללי.

89. כידוע, הליכי התכנון מספקים לקובע המדיניות (בכלל זה - קובע המדיניות המרחבית או החברתית) כלים מעשיים להשגת מטרות כלכליות וחברתיות שונות. הליך התכנון עצמו, אשר כולל קיום דיון פתוח, בו משתלבים בעלי מומחיות מתחומים שונים (איכות הסביבה, תחבורה, אדריכלות ועוד), פרסום התכניות לעיון הציבור, התחשבות בהתנגדויות המוגשות נגד התכנית וכיו״ב, מהווה מלאכת איזונים שלמה. במסגרת איזונים אלה, לעתים נסוג אינטרס מסוים (חשוב ככל שיהיה) מפני אינטרס מתחרה, לו מיוחסת חשיבות רבה יותר בנסיבות הקונקרטיות, העומדות על הפרק.

90. ניתן להתייחס למספר דוגמאות מייצגות בעניין. בישראל, מאפשרת תמ״א 38 מסלול תכנון מיוחד, והיא ״מקריבה״ שיקול ציפוף האוכלוסין לטובת שיקול שנתפס כחשוב יותר - מיגון בניינים ישנים מפני רעידות אדמה. כך אף תכנון, המתבצע במסגרת ״פינוי בינוי״, שבו ככלל מתאפשר ציפוף אוכלוסין שלא היה מתאפשר אלמלא קיים הצורך בפינוי בניינים, שאינם מתאימים למרחב מפאת גילם, מצבם הפיסי או צורתם או מסיבות נוספות, העומדות ביסוד ביצוע הפינוי.

91. המציאות המורכבת השוררת באזור, בנוסף להיבטים נוספים הגלומים בה (כגון היבטי הביטחון או היבטי המדיניות, אליהם לא נתייחס בחוות דעתנו זו), יכולה להוות מכשול להתפתחותו; התכנון עשוי לתת כלים להתמודדות עם כמה מהמכשולים הקונקרטיים, המונחים לפתחן של רשויות האזור.

92. כפי שציינו לעיל, באזור לא הושלמו הליכי ההסדר ורוב הקרקעות בו אינן רשומות במרשם מסודר, אשר משקף נכונה את מצב הזכויות בהן. לכך יש להוסיף, כי ככל הידוע לנו, במקרים רבים מתבצעות עסקאות ביחס למקרקעין, אף שהם כשלעצמם רשומים, ״מחוץ למרשם״. כל אלה מוסיפים על חוסר היציבות הביטחונית הידועה באוזר.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל : 03-6975670 פקס : 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

93. הנסיבות המתוארות לעיל יוצרות תנאים מורכבים לפיתוח האזור ותכנונו - שכזכור, מותר שכשלעצמו ואף מתחייב בנסיבות של תפיסה לוחמתית ארוכת-טווח. כדי להדגים את הקושי שבו לעתים כרוך פיתוח כאמור, ניקח דוגמא של יישוב ישראלי, שתוכנן סביב "מובלעת" פרטית. נזכור בהקשר זה, כי חוקיות עצם קיומו של היישוב עם מובלעות הוכרה בפסיקה ולא פעם יישובים כאלה נדונו בבית המשפט אגב מגבלות השימוש במקרקעין שבמובלעת, בעקבות הגשת בקשות של תושבי האזור להיכנס לאדמותיהם ה"כלואות" במסגרת מסיק זיתים, וכדומה.

94. קיומה של מובלעת במרכז היישוב (או קיומן של אדמות מדינה, בהם הוקם היישוב סביב המובלעת) יוצר מציאות מורכבת: תושבי האזור, שבבעלותם המקרקעין האמורים, נחשפים לקושי משמעותי, כשהם מנסים להביא לידי ביטוי את זכויותיהם בקרקע שכן לא אחת נתונים המקרקעין למגבלות גישה ביטחוניות לגיטימיות.

95. במקרים רבים, יישאו האתגרים העומדים בפני תושבי האזור אופי אזרחי ויתבטאו בהיעדרן של דרכי גישה סבירות לאדמתם, חוסר יכולתם של התושבים לתכנן את המובלעות כדי להפיק מהמקרקעין רווחים, לסחור בהם וכיו"ב. את אתגרי התכנון בלא רצף קרקעי הזכרנו בתחילת דברינו ולא נחזור על כך - בין היתר מכיוון שעל פני הדברים, לא יכול טעם זה לעמוד לבדו.

96. ניתן להעלות על הדעת מצב היפותטי, שבו יבקשו בעלי החלקה הפרטית למכור את החלקה שבמובלעת לגורם פלוני, ללא כל התערבות שלטונית.[56] במקרה כזה - שאינו אסור בהוראה חוקית כלשהי, עתידים הצדדים לעסקה העתידית להיתקל בקשיים מרובים:

[56] בחוות דעתנו זו לא נעמוד על המגבלות הסטטוטוריות, החלות על הסחר במקרקעין באזור; מגבלות אלה הבאות לידי ביטוי בין היתר בצורך לקבל **רישיון עסקה** ולעתים - **היתר עסקה** כתנאי להשלמתה (ראו בהוראות ה**צו בדבר מקרקעין (יהודה והשומרון)**(מס' 25), התשכ"ז-1967).

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

<u>ראשית</u>, הזכויות בחלקות קרקע רבות אינן מוסדרות והעברת זכות הבעלות, שאמורה להתבצע בלשכת רישום מקרקעין עוברת דרך הליך של רישום ראשון.[57]

<u>שנית</u>, קיימת תופעה של פיצול הבעלות בין גורמים שונים ויצירת "מושע" (קרי - שיתוף) במקרקעין רבים (לכך תורמים אף הסדרי ההורשה הקוגנטיים באזור והרגלי ביצוע העסקאות מחוץ למרשם, שהוזכרו קודם), דבר שבסופו של יום מוביל ליצירת חלקות רבות בבעלות משותפת של אנשים רבים. העברת זכות הבעלות בקרקע כזו מצריכה את הסכמת כולם - דבר שבמקרים רבים איננו אפשרי לביצוע, נוכח קשיים, הקשורים לאיתור כלל בעלי הזכויות.

<u>שלישית</u>, "ריבוי התחנות" שבהן יש צורך לעבור בדרך להשלמת העסקה, כמו אף היעדר מרשם סדור של זכויות במקרקעין גורם לריבוי תופעת פסולות של מעשי זיוף - הן זיוף ביחס לזהות הבעלים, הן זיוף ביחס למסמכי הבעלות.

פשיטא, כי בנסיבות אלה, השלמת עסקה מהסוג האמור כרוכה ב"עלויות עסקה" גבוהות במיוחד.[58]

97. לכל אלה יש להוסיף, כי במקרים רבים יוצרת מכירת מקרקעין למתיישבים ישראלים או לגורם המזוהה עימם מצב של סכנת חיים בעבור מוכר הקרקע.

98. אין ספק, כי במציאות במתוארת, התארגנות תושבי האזור (ישראלים או פלסטינים) לשם "הסדרת מרחב המחייה" שלהם באופן עצמאי, בלא התערבות שלטונית נדונה לקשיים רבים ובמרבית המקרים - כלל איננה אפשרית. מציאות זו יכולה להיות מתוארת כמעין "כשל שוק" שאינו מאפשר להביא את הבעיה הקונקרטית המתוארת לעיל לפתרון קנייני סביר.

99. במצב שכזה יכולה רגולציה תכנונית - ובתוכה אף שימוש בהליך של איחוד וחלוקה לשחק תפקיד משמעותי או אף מכריע, שכן בכוחה לאפשר התייחסות למרחב מסוים כאל מושא לתכנון כולל ובתוך כך - לאפשר ליצור הוראות לחלוקת הבעלויות ב"מצב היוצא" באופן המשקף את השימושים בהם ב"מצב הנכנס", תוך שמירה על עקרונות הצדק, אך מבלי להידרש לשלב להעברת הזכויות מיד ליד באופן פורמאלי - ואף לייתר שלב זה.

---

[57] הליך של רישום ראשון של מקרקעין שלא נרשמו קודם מוסדר באזור ב**חוק נכסי דלא ניידי שלא נרשמו קודם (מס' 6) לשנת 1964**; הליך של רישום ראשון הוא הליך פומבי המתבצע בפני ועדה מיוחדת. מדובר ככלל, בהליך ממושך שכולל סיור במקרקעין, שמיעת התנגדויות וכיו"ב.

[58] ראו כדוגמא את התיאור העובדתי שבפסק דינו של ביהמ"ש העליון ב**ע"א 8012/12 רג'בי נ' ל בנייה והשקעות קרני שומרות** (פורסם בנבו).

<u>הזכויות במקרקעין</u>

100. קבוצת טיעונים זו, עניינה בשניים: בזכויות המהותיות המוקנות לתושבי האזור במקרקעין מסוג מירי ובמדיניות רשויות האזור בכל הקשור ליצירת הדיכוטומיה בין מקרקעין פרטיים לאדמות מדינה.

101. ראשית - ויש להדגיש זאת, דיני המקרקעין המהותיים באזור אינם מכירים בדיכוטומיה האמורה לעיל בזכויות הקניין; ההבחנה הנפוצה (שנעשה בה שימוש אף בחוות דעתנו זו) בין מקרקעין פרטיים לבין אדמות מדינה משקפת את הדין החל באזור אך בקירוב; היא ננקטת לצורכי הנוחות וכן לצורך ההבחנה בין השימושים המותרים והאסורים לפי הרגולציה, שמקורה במשפט הבין לאומי.

102. טיב הזכויות המוקנות לתושבי האזור במרחב הרלוונטי ברוב המקרים, מוגדר בהוראות חוק הקרקעות העות׳מאני, אשר מחלק את כלל הזכויות במקרקעין לסוגים הנגזרים מהבעלות הערטילאית, הניתנת בדרך כלל לריבון לבין הזכות להחזיק במקרקעין ולעשות בהם שימוש למטרות מסוימות ובתנאים מסוימים.

103. המקרקעין המצויים במרחב הכפרי הם ככלל מקרקעין, אשר מוגדרים בחוק הקרקעות העות׳מאני כמקרקעין מסוג מירי, בהם יכול הפרט להחזיק בתנאי, שהוא עושה בהם שימוש חקלאי.[59] הפסקת השימושים ונטישת המקרקעין למשך תקופה מסוימת עשויה להביא לאבדן הזכויות בהם (הליך המוכר ככניסת המקרקעין ל״דין המחילול״).[60]

104. ודוק - על אף שבמרוצת השנים ההבדלים בין מקרקעין מסוג מירי, בהם לפרט מוקנית רק זכות התצ׳רוף, הפחותה מזכות הבעלות המלאה, לבין מקרקעין מסוג מולכ, בהם מוקנית לפרט בעלות מלאה, הפכו לזעירים, הפרקטיקה של שימוש במוסדות מסוימים הקשורים במוסד - כגון רכישת הזכויות מכוח עיבוד וחזקה (סעיף 78 לחוק הקרקעות העות׳מאני), חזרת המקרקעין לבעלות המלאה של הריבון (דיני המחילול - שעל בסיס השימוש בדינים אלה מתבצעות לא מעט מהכרזות על אדמות מדינה באזור) נשמרה והם משמשים את רשויות האזור.

---

[59] בדיוננו בפרק זה לא נמצה את הדיון בכלל מאפייני המקרקעין לפי דיני האזור ונתמקד אך בצדדים הרלוונטיים לדיון. נעיר, למען הסדר הטוב, כי דרישת עשיית שימוש חקלאי דווקא כתנאי להמשך ההחזקה במקרקעין בוטלה באזור, נוכח הוראות **חוק התצ׳רוף העותמאני** והביטול ״אושרר״ אף בחקיקה מאוחרת יותר, ב**חוק ההחזקה (התצ׳רוף) בנכסי דלא ניידי מס׳ 49 לשנת 1953** (ראו בסעיף 6 לחוק).

[60] ראו בסעיף 68 לחוק הקרקעות העות׳מאני. ראו אף בבן שמש בה״ש2 לעיל, בע׳ 125.

105. יש להדגיש, כי בהיעדר מרשם הזכויות במקרקעין, רואים בשימוש והחזקה בקרקע כעדות (לעתים אף כעדות יחידה) לקיומה של זכות הפרט בה. מקור זכותו של הפרט להחזיק ולהשתמש במקרקעין ככלל אינו נחקר (לפחות לא כבדיקה שמתבצעת בטרם רישום הזכות במרשם) אגב ביצוע פעולות שלטוניות רבות: מתן היתרי בנייה לתושבי האזור, מתן זכות גישה לאזורים מסוימים, שהגישה אליהם מותנית בקיומה של הזכות (לדוגמא, נכיסה למרחב ה"תפר", שנוצר לאחר הקמתה של גדר הביטחון).

106. לפרקטיקה זו קיימות סיבות והצדקות רבות ומבוססות היטב - ולא נתעכב על העניין. עם זאת, לענייננו חשוב להדגיש, כי מקור הזכות להחזיק במקרקעין אינו נבחן ככלל במהלך ביצוע הליכי ההכרזה על אדמות מדינה. מבלי למצות את הבסיס העיוני והסטטוטורי לביצוע הליכי ההכרזה נזכיר, כי במסגרת פעולות ההכנה לקראת ביצועה, נסקרים השימושים במקרקעין הנמצאים במרחב מסוים וככל שנמצא, כי מקרקעין מסוימים אינם מעובדים ואינם מוחזקים, הם מוכרזים כאדמות מדינה,[61] ואילו חלקות מעובדות או כאלה שהעיבוד בהן הופסק זה לא מכבר - מוחרגות מתחום אדמות המדינה והן נשארות בחזקת אדמה פרטית.

107. הליך ההכרזה אינו כולל (ואף אינו יכול לכלול) שלב של חקירת זכויות הפרטים במקרקעין והוא כולו נושא אופי הצהרתי מובהק. מהותו של ההליך - להודיע לציבור על כוונת הרשות ליטול חזקה במקרקעין מסוימים, אשר ממילא שייכים לריבון.[62] במסגרת הליך ההכרזה מעביר הממונה על הרכוש הממשלתי את נטל ההוכחה לקיומה של הזכות על כתפיו של הטוען לה.

108. המובלעות שנוצרות ברצף של אדמות מדינה הן לעיתים התוצאה של הימנעות יזומה של הרשות לתפוס חזקה בשטח פלוני - מסיבות שונות ולעתים משיקולי הזהירות והרצון להימנע מהגשת עררים שיעכבו את השלמת ההליכים.[63]

---

[61] ההכרזה מתבצעת באמצעות פרסום תעודת הממונה על הרכוש הממשלתי באזור - ראו את הוראות הסעיף 2ג **בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון)** (מס' 59), התשכ"ז-1967.

[62] ראו **בבג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון**, פ"ד לו(1) 701, וכן **בע"א 4999/06 הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון נ' מחצבות כפר גלעדי** (פורסם בנבו).

[63] ראו בהודעת המדינה **בבג"ץ 248/13 גאנם נ' ועדת המשנה לפיקוח ואח'**, שם נדונה השאלה של מעמד המקרקעין הנמצאים בסמוך לתחום ההכרזה, והסיבות שבגינן לא נכללו בתעודת הממונה. ההליך בעתירה לא הסתיים בהכרעה של ביתה משפט בעניין.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

109. מכאן שייתכנו מצבים, בהם ביצוע ההליך של איחוד וחלוקה, שבו ייכללו מובלעות "פרטיות" ביישובים מסוימים לא תסב כל פגיעה ברכוש פרטי - שכן באותם מקרים לא הוכרזו מובלעות מסוימות כאדמות מדינה מטעמי הזהירות ומבלי שנבחנו זכויות הפרט בקרקע באופן ממצה. מובן, כי קביעה כאמור בכל מקרה ומקרה תדרוש בחינת נסיבותיה הקונקרטיות של היווצרות ה"מובלעת".

110. להשלמת התמונה נתייחס אף לאפשרות פרשנית, לפיה יראו ב"החלפת הקרקעות" במסגרת ההליך כהחלפה שבין תושבי האזור לחליפו של הריבון - לעניין זה, הממונה על הרכוש הממשלתי. נזכיר, כי רוב המקרקעין המוחזקים על ידי המתיישבים הישראלים באזור הם אדמות מדינה, אשר מוחכרות למתיישבים באופן הדומה לחכירת מקרקעין בישראל, על ידי רשות מקרקעין ישראל.

111. בהקשר זה עולות שתי שאלות: האחת היא, האם אין איסור לבצע את ההליך של איחוד וחלוקה במצב שבו אחד מבעלי הזכויות הוא רשות שלטונית? והשנייה - האם אין בהחלפת קרקע כאמור משום פגיעה בחובות הממשל הצבאי לשמור על רכושו של הריבון הקודם?[64]

112. לשתי שאלות אלה יש להשיב בשלילה. בכל הנוגע לשאלה הראשונה, הפסיקה קבעה, כי אין פסול בכך שאחד מבעלי הזכויות, המשתתפים בהליך יהיה ישות שלטונית. בפרשת חלקה 21 נאמר בעניין זה, כך:

> **"אין קיום למבנה רעיוני זה של "הפקעה מוסווית" בהליך של תכנית האיחוד והחלוקה בנסיבות המקרה שלפנינו, שכן פרטי התכנית אליהם מתייחסת המערערת בתביעתה לפיצוי נעדרים את המאפיינים העיקריים המתלווים למוסד ההפקעה לצרכי ציבור, אלא <u>עניינם באיחוד וחלוקה בין בעלי זכויות בקרקע, שהעירייה נמנית עליהם בכשירותה כבעלת זכויות נכסי מקרקעין</u>. ממילא, לא ניתן באופן אמיתי לשתול אל תוך הליך האיחוד והחלוקה בענייננו את תיאורית ההפקעה המוסווית ביחס לאותם חלקים שאוחדו וחולקו ואשר בהם יש למשיבה חלק בכשירותה כבעלת זכויות בנכסים, ואשר לא יועדו לצרכים ציבוריים."** (ההדגשה הוספה)

---

[64] תקנה 55 לתקנות האג.

בענייננו, אין מקום להניח, כי הממונה על הרכוש הממשלתי נענה מפחות זכויות מעיריית הרצליה, בכל הנוגע לאפשרות לנהל את המקרקעין הנתונים לו.

.113 בכל הנוגע לטענה השנייה, הרי שמובן, כי ההליך של איחוד וחלוקה אינו יוצר זכות חדשה למי מהמשתתפים בו ואף אינו גורע מזכותם. סך כל הבעלויות במצב היוצא בהכרח יהיה שווה לזכויות במצב הנכנס. על כן, הממונה על הרכוש הממשלתי אינו מוותר על זכויותיו במקרקעין הנמצאים במרחב אלא משנה את מיקומם היחסי; יש לציין, כי הוא אף אינו רוכש כל זכות חדשה (אלא אם כן יופרשו מקרקעין מסוימים בתחום התכנית לטובת הציבור).

<u>**מעמד התושבים הישראלים באזור**</u>

.114 על אף כל האמור לעיל וחרף ההצדקות הרבות לשימוש בהליך של איחוד וחלוקה לשם "הסדרת מרחב מחיה" באופן, התואם את המציאות שהתגבשה באזורים מסוימים, תיתכן טענה, לפיה יש לראות בכפייה השלטונית המופעלת במסגרתו כנושאת מאפייניה של הפקעה. האם "הפקעה" זו, אמנם "פחותת הערך" ביחס להפקעה ה"רגילה" בהכרח פסולה בראי המשטר הנורמטיבי החל באזור ככל שהיא מצמיחה תועלת ליישובים ישראלים באזור או שייתכנו מקרים, בהם ניתן לעשות בה שימוש?

.115 כפי שפירטנו לעיל, תשובה לשאלה זו איננה חד משמעית והסיבה לכך היא שכאמור, בית המשפט העליון טרם נדרש לשאלת מעמד התושבים הישראלים כתושבי האזור בכל הקשור להכרה בצורכיהם הקולקטיביים כצרכים ציבוריים.[65]

.116 עם זאת, אף ללא הכרעה בשאלה זו על ידי בית המשפט, אם נניח, כי יש להתייחס להליך של איחוד וחלוקה כאל הפקעה לכל דבר ועניין,[66] הרי שהוא לא ייפסל על ידי בית המשפט רק נוכח היותו "מעין הפקעה" אלא כל מקרה קונקרטי שיובא בפני בית המשפט יידון לגופו, כפי שנדון לגופו כל מקרה של הפקעה באזור.

---

[65] ראו את הדיון לעיל ב**פרשת קרית ארבע**, **פרשת נעלה**, **פרשת מראעבה**, **פרשת הס** ועוד.

[66] וכאמור, עמדתנו היא, כי מדובר בהליך, בעל מאפיינים משפטיים ייחודיים, אשר נבדל מהליך של הפקעה.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

117. במסגרת גישה זהירה זו ניתן להניח (ותהיה זו הנחה ראויה), כי ככל שיינקט ההליך של איחוד וחלוקה אך לשם יצירת תועלת ליישוב ישראלי או לקבוצת תושבים שאינם בעלי זיקה לאזור, כשהפגיעה בתושבי האזור הפלסטינים משמעותית וממשית, יטה בית המשפט לפסול את ההליך, ולו בגין פגמיו הכלליים (דוגמת חוסר המידתיות שבו).

מנגד, ככל השימוש בהליך של איחוד וחלוקה ייעשה על סמך שיקולי תכנון ענייניים, בשקיפות המצופה מגורם שלטוני בכלל וממוסדות התכנון בפרט, תוך התחשבות בכלל נסיבות המקרה העומד לבחינה ובכלל זה תיווצר תועלת ברורה וניתנת למדידה לכלל בעלי המקרקעין - ניתן להניח, כי אף אם יידרש בית המשפט להליך, תוך התייחסות אליו כאל הפקעה, לא מן הנמנע, כי מאפייני ה"שימוש המשולב", המותר במסגרת הליכי הפקעה רגילים באזור, יצדיקו אף את נקיטת ההליך של איחוד וחלוקה, בנסיבות שיעמדו לבחינה בכל מקרה קונקרטי.

118. עד כאן הנימוקים לעמדתנו. לפני שנחתום, נחזור למבחנים שנקבעו בפרשת אסכאן בכל הנוגע לאפשרות לפגוע בזכות הקנין של הפרט באזור. בכל הנוגע למבחן הראשון - עיגון המוסד של איחוד וחלוקה בדיני האזור, הרי שאין ספק, כי הוראות סעיף 31 מספקות פלטפורמה טובה לעיגון ההליך, והן אף כוללות הוראות בעניין שיעור השטח שניתן להפריש לשימושים ציבוריים שונים. באשר למבחן השני - חובתה של הרשות ה"פוגעת" לפעול לפי כללי מנהל תקין נראה, כי אין חולק, כי הליך תכנוני ככלל מקיים דרישה זו בהיותו הליך פומבי, שקוף ומקצועי.

119. המבחן השלישי - הוא התועלת הצומחת לאזור; ראינו, כי בית המשפט העליון טרם נדרש לשאלת מעמדם של המתיישבים הישראלים בהקשר של האפשרות לראות בצרכיה ה"אזרחיים" של ההתיישבות כצורך ציבורי - וזאת להבדיל מהצורך לספק הגנה ליישובים ישראלים באזור.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

עם זאת, דעתנו היא, כי נוכח מאפייניה המיוחדים של ההתיישבות הישראלית באזור והמגמה המסתמנת בפסיקת בית המשפט העליון, כמו גם התמשכות התפיסה הלוחמתית של האזור, אשר מחייבת מתן פרשנות מתאימה להוראות המשפט הבינלאומי וכן נוכח אופיו ה"מתון" של הליך איחוד וחלוקה, יש מקום להניח, כי במקרים רבים לא יתערב בית המשפט בהחלטת רשויות האזור לנקוט את ההליך ביחס למקרקעין מסוימים.

<u>מסקנות וסיכום</u>

120. בחוות דעתנו שלעיל עמדנו על האפשרות לעשות שימוש בהליך של איחוד וחלוקה באזור יהודה ושומרון, ביחס לחלקות המוחזקות על ידי מתיישבים ישראלים וכן ביחס לחלקות בבעלות תושבי האזור הפלסטינים.

121. מסקנתנו היא, כי אין פסול בשימוש במכשיר של איחוד וחלוקה לשם תכנונם מחדש של מקרקעין מסוימים באזור. לזהות של בעלי הזכויות במקרקעין אין חשיבות מכרעת בכל הנוגע לעצם האפשרות להשתמש בהליך של איחוד וחלוקה. כך, אין פסול בכך, שחלק מבעלי הזכויות במרחב יהיו תושבי האזור הפלסטינים וחלק - מתיישבים ישראלים או הממונה על הרכוש הממשלתי. מסקנתנו זו נסמכת על ניתוחה של הנורמה המשפטית המחייבת את רשויות האזור בראי פסיקת בית המשפט העליון.

122. מסקנתנו זו מבוססת על מספר אדנים: עיגון ההליך של איחוד וחלוקה בדיני האזור, אופיו המיוחד של ההליך, אשר נתפס כחלופה אשר פוגענית פחות מהפקעה "רגילה" מבחינתם של בעלי המקרקעין, הנכללים בהליך, פסיקתו של בית המשפט, אשר מתיר את השימוש במכשיר של הפקעת מקרקעין באזור לצרכים שמשרתים את האוכלוסייה המקומית וכן על הנחה, לפיה יש מקום לצפות, שלפחות בחלק מהמקרים תהיה השפעת ההליך של איחוד וחלוקה על זכויות הפרט - לא רבה.

123. אנו סבורים, כי יהיו מקרים, בהם לא יתערב בית המשפט העליון בהליך של איחוד וחלוקה - זאת ככל שיתבצע בהתאם לנורמה, שמחייבת רשות ציבורית סבירה.

היועץ המשפטי למערכת הביטחון-משרד הביטחון, הקריה, תל-אביב 61909 טל: 03-6975670 פקס: 03-6934809 E-Mail: abenari@mod.gov.il

124. נדמה, כי מן הראוי לייחד את השימוש בהליך, לפחות בשלב זה למקרים בהם מדובר ביישוב קיים, תוך שקילת נסיבותיו הקונקרטיות וההצדקות מתקיימות בכל מקרה ומקרה, כמו גם התועלת אשר צפויה לצמוח מההמהלך עבור כלל בעלי הזכויות במרחב. ייתכן, כי ניתן להסתמך על המבחנים שנקבעו בחוק התכנון והבנייה הישראלי באשר לזהות הגורם אשר רשאי להגיש את התכנית (בהם מבחן שיעור הזכויות) כעל כלל מנחה, לשם הערכת סבירות נקיטת ההליך. מובן, כי שקילת שיקולים אלה היא פררוגטיבה של קובעי המדיניות, בהם קובעי המדיניות המשפטית. מכל מקום, נזכיר את המובן מאליו - בבסיס ההליך של איחוד וחלוקה חייבת לעמוד תכנית, אשר נסמכת על שיקולים תכנוניים ענייניים.

בברכה,

אחז בן-ארי
היועץ המשפטי

עותקים: שר הביטחון
מתפ״ש
יועמ״ש איו״ש